



**KAMU HİZMETLERİNİN YÜRÜTÜLMESİNE
İLİŞKİN SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ REJİMİ**

Feiza AĞGÜL

**Yüksek Lisans Tezi
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Yrd. Doç. Dr. Özgür TEMİZ
2016
Her Hakkı Saklıdır**

**T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

Feiza AĞGÜL

**KAMU HİZMETLERİNİN YÜRÜTÜLMESİNE İLİŞKİN SÖZLEŞMELERİN
HUKUKİ REJİMİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**TEZ YÖNETİCİSİ
Yrd. Doç. Dr. Özgür TEMİZ**

ERZURUM – 2016



T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ



TEZ BEYAN FORMU

19/02/2016

SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

BİLDİRİM

Atatürk Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğine göre hazırlamış olduğum “**KAMU HİZMETLERİNİN YÜRÜTÜLMESİNE İLİŞKİN SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ REJİMİ**” adlı tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder, tezimin kâğıt ve elektronik kopyalarının Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım:

Lisansüstü Eğitim-Öğretim yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca gereğinin yapılmasını arz ederim.

☐ Tezimin tamamı her yerden erişime açılabilir.

☐ Tezim sadece Atatürk Üniversitesi yerleşkelerinden erişime açılabilir.

☒ Tezimin 3 yıl süreyle erişime açılmasını istemiyorum. Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin/raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.

Feiza AĞGÜL



**T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**



TEZ KABUL TUTANAĞI

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Yrd. Doc. Dr. Özgür Temiz
..... danışmanlığında, *Fei20 Ağrı*..... tarafından hazırlanan
bu çalışma *19 / 02 / 2016*... tarihinde aşağıdaki jüri tarafından. *Kamun Hükümeti*..
Anabilim Dalı'nda Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan	<i>Yrd. Doc. Dr. Ergin Soygılın</i>	İmza: <i>Ergin Soygılın</i>
Jüri Üyesi	<i>Yrd. Doc. Dr. Özgür Temiz</i>	İmza: <i>Özgür Temiz</i>
Jüri Üyesi	<i>Yrd. Doc. Dr. Fethullah Bayraktar</i>	İmza: <i>Fethullah Bayraktar</i>

Yukarıdaki imzalar adı geçen öğretim üyelerine aittir. / /

Prof. Dr. Mustafa YILDIRIM
Enstitü Müdürü

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	III
ABSTRACT	IV
ÖNSÖZ.....	VI
KISALTMALAR VE SİMGELER DİZİNİ	VII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARENİN SÖZLEŞMELERİNİN NİTELENDİRİLMESİ

1.1. SÖZLEŞME VE İDARE HUKUKU	5
1.2. İDARENİN SÖZLEŞME YAPMA SEBEPLERİ	7
1.3. İDARENİN SÖZLEŞMELERİ.....	9
1.4. İDARENİN SÖZLEŞMELERİNİ NİTELENDİRME SORUNU.....	11
1.5. NİTELENDİRMEDE KULLANILAN KRİTERLER	15
1.5.1. Organik Kriter	17
1.5.2. Maddi Kriter	19
1.5.2.1. Sözleşmenin Konusunun Kamu Hizmetinin Yürütülmesine İlişkin Olması.....	19
1.5.2.2. Sözleşmenin Özel Hukuku Aşan Hüküm ve Şartlar İçermesi:	24

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU HİZMETLERİNİN YÜRÜTÜLMESİNE İLİŞKİN SÖZLEŞMELER

2.1. KAMU HİZMETLERİNİN YÜRÜTÜLMESİNDE KLASİK SÖZLEŞME TİPLERİ	31
2.1.2. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi	31
2.1.2.1. Tarihsel Arka Plan	31
2.1.2.2. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi Kavramı	34
2.1.2.3. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesinin Özellikleri	38
2.2.2.4. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesinin Hukuki Rejimi	41
2.1.2. İltizam Sözleşmesi.....	52
2.1.3. Müşterek Emanet Sözleşmesi.....	55

2.2. KAMU HİZMETLERİNİN YÜRÜTÜLMESİNDE YENİ SÖZLEŞME

TİPLERİ	58
2.2.1. Yeni Sözleşme Tiplerinin Ortaya Çıkma Sebepleri	58
2.2.2. Görevlendirme Sözleşmeleri	62
2.2.2.1. 3096 Sayılı Kanun'a Göre Yapılan Görevlendirme Sözleşmeleri.....	62
2.2.2.2. 3465 Sayılı Kanun'a Göre Yapılan Görevlendirme Sözleşmeleri.....	68
2.2.2.3. 406 Sayılı Kanun'a Göre Yapılan Görevlendirme Sözleşmeleri.....	69
2.2.2.4. 6475 Sayılı Kanun'a Göre Yapılan Görevlendirme Sözleşmeleri.....	71
2.2.3. Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri	73
2.2.4. Yap-İşlet Sözleşmeleri	84
2.2.5. Kamu İhale Sözleşmeleri.....	86
2.2.6. Kamu Özel Ortaklığı Sözleşmeleri.....	91
2.2.6.1. Kavram	91
2.2.6.2. Kamu Özel Ortaklığı Modelinin Özellikleri.....	94
2.2.6.3. Türkiye'de Kamu Özel Ortaklığı Modeli	96
2.2.6.3.1. Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi İle Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı Taslağı	96
2.2.6.3.2. Sağlık Hizmetleri Alanında Kamu Özel Ortaklığı.....	98
2.2.6.3.3. Eğitim Hizmetleri ve Diğer Hizmet Alanlarında Kamu Özel Ortaklığı	106
2.2.6.3.4. Kamu Özel Ortaklığı Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi	109
SONUÇ.....	112
KAYNAKÇA	116
ÖZGEÇMİŞ.....	132

ÖZET

YÜKSEK LİSANS TEZİ

KAMU HİZMETLERİNİN YÜRÜTÜLMESİNE İLİŞKİN SÖZLEŞMELERİN
HUKUKİ REJİMİ

Feiza AĞGÜL

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Özgür TEMİZ

2016, 132 sayfa

Jüri: Yrd. Doç. Dr. Özgür TEMİZ (Danışman)

Yrd. Doç. Dr. Engin SAYGIN

Yrd. Doç. Dr. Fethullah BAYRAKTAR

Bu çalışmanın amacı kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin sözleşmelerin hukuki nitelik ve hukuki rejiminde yaşanan dönüşümü takip etmektir.

Kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin sözleşmelerin hukuki niteliği ve bundan hareketle tabi oldukları hukuki rejim, esas olarak yargı içtihatları ile idari sözleşme ve kamu hukuku rejimi olarak belirlenmiştir. Ancak küresel iktisadi ve politik eğilim ve ulusalüstü yapılanmalarla kurulan bağımlılık ilişkileri, Türk yasa koyucusunun kamu hizmetleri alanındaki tasarruflarını da etkilemiştir. 1980 sonrasında yasa koyucunun içtihatla uyumsuz tasarrufları dikkati çekmektedir. Bu tasarruflar sebebiyle Yüksek Yargı ile Yasama arasındaki çatışma, Anayasal değişiklik ile son bulmuştur.

Kamu hizmetlerinin yürütülmesini konu edinen pek çok sözleşme, değiştirilen Anayasa hükmünün ardından yasa ile kamu hukuku alanından özel hukuk alanına taşınmıştır. Özel hukuk sözleşmeleri ile yürütülmesi amaçlanan her bir hizmet alanı için yapılan yasal düzenlemeler, mevzuatın parçalı bir görünüm taşımasına sebep olmuştur. Bu parçalı görünüme son verecek model olarak kamu özel ortaklığı modeli geliştirilmiştir. Anayasa değişikliği öncesinde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine yüklenen kapsayıcı hukuki rejim anlamı, kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin özel hukuk sözleşmelerinin kapsayıcı hukuki rejimi olarak, bu kez kamu özel ortaklığı sözleşmelerine yüklenecektir.

Anahtar Kelimeler: Kamu Hizmeti, İdari Sözleşme, Özel Hukuk Sözleşmesi, Özelleştirme, Kamu Özel Ortaklığı.

ABSTRACT

MASTER THESIS

**LEGAL REGIME OF THE CONTRACTS RELATED TO THE EXECUTION
OF PUBLIC SERVICES**

Feiza AĞGÜL

Advisor: Assist. Prof. Dr. Özgür TEMİZ

2016, pages: 132

**Jury: Assist. Prof. Dr. Özgür TEMİZ (Advisor)
Assist. Prof. Dr. Engin SAYGIN
Assist. Prof. Dr. Fethullah BAYRAKTAR**

The aim of this study is to trail the transformation of the legal character and the legal regime of the contracts related to the execution of public services.

The legal character of the contracts related to the execution of public services, and on the basis thereof the legal system they are subjected to, has been determined by the judicial precedent as the regime of administrative contracts and public law. However, the relations of dependency established with the global financial and political tendencies and supranational structures has affected the Turkish lawmaker's dispositions in the field of public services. Lawmaker's dispositions after 1980 draw attention for being incompatible with the case law. The controversy between the High Judiciary and the Legislature caused by these dispositions ceased by constitutional amendment.

Upon the constitutional amendment, many contracts related to the execution of public services relocated by law from the field of public law to the field of private law. Legislation enacted for each and every field of service that was aimed to be executed with contracts of private law caused a fragmental picture within the legislation. Public-private partnership model has been developed as the model to conclude this fragmental picture. The designation of inclusive legal regime attributed to the concession contracts before the constitutional amendment will now be attributed, as the inclusive legal regime of the contracts of private law on the execution of public services, to the public-private partnership contracts.

Key Words: Public Service, Administrative Contract, Contract of Private Law, Privatization, Public Private Partnership.



ÖNSÖZ

Bu çalışmanın konusunu, kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin sözleşmeler oluşturmaktadır. Konunun seçilme sebebi tez konusunun belirlenmesine yönelik çalışmalarda, kamu hizmetleri alanında kamu hukuku usullerinin giderek değer kaybettiğinin ve bu değer kaybının en görünür olduğu alanlardan birinin kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin sözleşmeler olduğunun tespit edilmiş olmasıdır. Bu sebeple kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin sözleşmelerin hukuki nitelik ve hukuki rejiminde yaşanan dönüşümü takip etmek temel amaç olarak belirlenmiştir.

Bu amaca ulaşma çabama, bilgi ve tecrübesiyle destek olan ve çalışmaya yön veren danışman hocam Sayın Yrd. Doç. Dr. Özgür TEMİZ'e, çalışma süresince kıymetli yardımlarını esirgemeyen Sayın Yrd. Doç. Dr. M. Alpertunga AVCI'ya, çalışma süresince manevi desteklerini hissettiğim Sayın Arş. Gör. Kemal GÜNLER ve Sayın Arş. Gör. Kamil DURMUŞ'a teşekkürlerimi sunarım.

Erzurum-2016**Feiza AĞGÜL**

KISALTMALAR VE SİMGELER DİZİNİ

A.İ.D.	: Amme İdaresi Dergisi
A.Ü.H.F.D.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
A.Ü.S.B.F.D.	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
A.Y.D.	: Anayasa Yargısı Dergisi
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
çev.	: Çeviren
D.	: Dairesi
D.D.G.K.	: Dava Daireleri Genel Kurulu
D.D.U.H.	: Dava Daireleri Umumi Heyeti
D.E.Ü.H.F.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ĐİK	: Devlet İhale Kanunu
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
E.	: Esas
G.Ü.H.F.D.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İ.B.G.K.	: İctihadı Birleştirme Genel Kurulu
İ.D.D.G.K.	: İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
İ.H.İ.D.	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İ.İ.K.	: İdari İşler Kurulu
İ.Ü.H.F.M.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İ.Ü.H.F.Y.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
K.İ.K.	: Kamu İhale Kurulu
K.T.	: Karar Tarihi
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİK	: Kamu İhale Kanunu
KİSK	: Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsü

KÖİ	: Kamu Özel İşbirliği
KÖO	: Kamu Özel Ortaklığı
No	: Numara
P.T.T.	: Posta ve Telgraf Teşkilatı
PPP	: Public Private Partnership
R.G.	: Resmi Gazete
s	: Sayı
S.Ü.H.F.D.	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.A.A.D.	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TEAŞ	: Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi
TEK	: Türkiye Elektrik Kurumu
TODAİE	: Türkiye Ortadoğu ve Amme İdaresi Enstitüsü
U.M.	: Uyuşmazlık Mahkemesi
vb.	: Ve benzeri
y	: Yıl

GİRİŞ

Modern kamu hukukunda devletin “kamu hizmetinin örgütü” olduğu kabul edilmektedir¹. Kamu hizmetini, toplumsal ihtiyaçları karşılamak üzere² devlet tarafından üstlenilerek³ belli ayrıcalık ve yükümlülüklerle yürütülen faaliyet⁴ olarak tanımlanmak mümkündür.⁵

İdare hukukunda toplumsal ihtiyaçları karşılayan her faaliyet, başka bir deyişle kamuya sunulan her hizmet kamu hizmeti sayılmamaktadır⁶. Bu anlamda kavram, “devlet tarafından üstlenilme”, yani hizmetin düzenlenmesi, denetimi ve sorumluluğunun devlet-idare tarafından üstlenilmesi⁷ noktasında önem taşımaktadır. Başlangıçta toplumsal yaşam için zorunlu görülen faaliyetin, doğası gereği kamu hizmeti niteliği taşıdığı savunulmuşken, zamanla faaliyetin kamu hizmeti niteliği kazanmasında devlet tarafından üstlenilme iradesinin⁸ belirleyici olacağı anlayışı benimsenmiştir. Bu anlamda idare hukukunun gelişim çizgisi içinde objektivist (mutlakçı) bir anlayışla ele alınan kamu hizmeti kavramının sübjektivist (göreceli) bir anlayışla ele alınmaya başlandığı ifade edilmektedir⁹.

Kamu hizmetinin devlet tarafından üstlenilmesi, hizmetin devlet tarafından yürütülmesinin zorunlu olduğu anlamı taşımamaktadır¹⁰. Kamu hizmetlerinin yürütülmesi konusunda iki farklı yaklaşım tarzı vardır. Bu iki farklı yaklaşımda, tüm

¹ Yıldırım Uler, “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, *Anayasa Mahkemesi’nin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler*, Anayasa Mahkemesi Yayın No: 40, 27-28 Nisan 1998, 253.

² Özay, bu ihtiyacın, sürekli hissedilen ve yeterince tatmin edilmemesi durumunda toplumsal huzursuzluğun baş göstereceği, ortak ve genel bir gereksinim olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. İl Han Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, 225.

³ Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, 5, 54, 66.

⁴ Ali Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, İstanbul Eylül 2004, 13. Aynı husus Karahanoğulları tarafından, “*üretim ilişkileri alanının zorunluluklarından bağışık kılınarak*” şeklinde ifade edilmektedir. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 54.

⁵ Kamu hizmetine ilişkin tanımlarda “kamu yararı”na da bir unsur olarak yer verilse de kamu yararı bir unsur olmaktan çok kamu hizmetinin sonucudur. Bkz. Aydın Gülan, “Kamu Hizmeti Kavramı”, *İ.H.İ.D.*, (Prof. Dr. Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı), 9 (1-3), 1988, 149.

⁶ Birsan Çırakman, “Kamu Hizmeti”, *A.İ.D.*, 9 (4), Aralık 1976, 81.

⁷ Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 13.

⁸ Demokratik devletlerde bu irade yasama organı tarafından açıklanmaktadır. Ancak demokratik sistemde devlet iktidarı kullanan tek birim yasama organı olmadığından devletin iradesi tamamen yasa koyucunun iradesine eşitlenemez. Bu sebeple yasa koyucunun iradesinin açık olmadığı durumlarda yargı makamlarının kimi faaliyetleri kamu hizmeti olarak nitelendirdikleri görülmektedir. Bkz. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 55. Gülan, “Kamu Hizmeti Kavramı”, 154.

⁹ Bkz. Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 12. Cem Çağatay Orak, “Kamu Hizmeti: Tabula Rasa Avrupa Birliği Sürecinde Nasıl Doldurulacak?”, *TBB Dergisi*, s: 68, 2007, 167-169.

¹⁰ Çırakman, 81.

dünyayı etkisi altına alan iktisadi olayların belirleyici olduğu ifade edilmektedir. Bu belirleyicilik; kamu hizmeti kavramının yalnız hukuk bilimi ile açıklanamayacağı, zira hukukun kıymeti kendinden menkul olmadığı varsayımı ile izah edilmektedir¹¹.

Yaşanan iktisadi olaylardan ilki, 1929 yılında yaşanan küresel ekonomik krizdir¹². Ekonomik daralmanın yol açtığı kriz, devletlerin kamu harcamalarını artırması ve bu anlayışın doğrudan sonucu olarak da kamusal mal ve hizmetlerin büyük kısmını kendilerinin üretmesi gerektiği fikrini 1970'lere dek sürdürmüştür¹³. Bu süreç, devletin faaliyet alanını sürekli genişleten bir seyre yol açmış, bu seyir de mali imkân ve personel bakımından sürekli genişlemesi olanaksız görülen idarenin, özel hukuk kişisi ile anlaşmasına ve kamu hizmetlerinin bir kısmını yürütme görevini ona devretmesine hız kazandırmıştır. Kıta Avrupası ülkelerinde devletlerin üstlendikleri kamu hizmetleri için bu amaçla yapılan sözleşmeler, kamu hukuku kurallarına bağlı kabul edilmiştir. 1970'li yıllarda yaşanan ekonomik krizler ise kamu ekonomisinin yeterli olmadığı, hatta krizleri bu ekonomi modelinin ürettiği fikri ile yeni bir liberal anlayışın hâkim olacağı bir dönemin başlangıcı olmuştur¹⁴. Başlangıçta ABD ve İngiltere'nin etkisiyle, sonrasında Avrupa Birliği mevzuatının etkisiyle Kıta Avrupası ülkelerinde ve bu arada Fransa'da, kamusal ağırlıklı ekonominin ve kamu hizmetlerinin sorgulanmasına yol açan yeni dönemde, kamu hizmetine konu etkinliğin kim tarafından üstlenildiği ve/veya yürütüldüğü değil, "kendisi" önem kazanmış¹⁵, kamusal yönetim usulleri terk edilmiş, kamu hizmetleri piyasalaştırılmıştır.

Dünyayı iktisadi ve politik olarak etkileyen neoliberal akım Türkiye'de de Birlik Hukuku'na uygun iktisadi ve siyasi politikalara yol açmıştır. Bu dönüşüm süreci, "hukuksal rasyonalite" den "işletmecî rasyonalite" ye geçiş olarak yorumlanmıştır¹⁶.

¹¹ Halit Uyanık, "İdare Hukukunun Eksen Kayması: İdarenin Üstünlüğünün Gerekçelendirilmesi Sorunu", *İ.Ü.H.F.M.*, 69 (1-2), 2011, 1150.

¹² Mircan Yıldız Tokatlıoğlu, *Küreselleşme ve Kamu Hizmetleri*, Alfa Aktüel Yayınları, Aralık 2005, 31.

¹³ Coşkun Can Aktan, Klasik Liberalizm, Neo-liberalizm ve Libertarianizm, *Amme İdaresi Dergisi*, 28 (1), 1995, 12. Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, 2.

¹⁴ Gökhan Kürşat Yerlikaya, *Yap-İşlet-Devret Modeli Hukukî Mahiyeti ve Vergilendirme*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, 21.

¹⁵ İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2013, 1226.

¹⁶ Turgut Tan, "Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline", *A.Ü.S.B.F.D.*, 47 (34), Haziran-Aralık 1992, 307. Ayrıca bkz. Tan, "Dönüşüm Geçiren İdare Hukukunun Uygulama Alanı da Daralıyor Mu?", *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan*, C.I, Ankara 2013, 125.

Çalışmanın birinci bölümünde; idari yargı rejimini benimseyen, başka bir deyişle idari mahkeme içtihadı ile şekillenen müstakil bir idare hukuku disiplinine sahip Türkiye’de, idarenin tarafı olduğu bir sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesinde içtihatla geliştirilen kriterlere başvurulduğu, “İdarenin Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi” başlığı altında incelenmiştir. Bu inceleme neticesinde idari sözleşmeye karakterini, sözleşmenin “kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması”nın verdiği kanaatine ulaşılmıştır. İdarenin tarafı olduğu bir sözleşmenin hukuki niteliğinin, sözleşmenin hukuki rejiminin belirlenmesine etkisi ise “İdarenin Sözleşmelerini Nitelendirilme Sorunu” başlığı altında incelenerek, Anayasal ve yasal düzenlemelerin idari alanın tespitine yönelik bir ölçüt sunup sunmadığı tartışılmıştır. Bu tartışmadan elde edilen veriler, çalışmanın ikinci bölümünde kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin sözleşmelerin hukuki niteliği konusunda Yasama ve Yüksek Yargı arasında yaşanan çatışmanın anlaşılmasını kolaylaştıracaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde; kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin sözleşmeler ayrıca ele alınarak, içtihadı uygun sözleşmeler klasik sözleşme tipleri olarak değerlendirilmiştir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ise uzun yıllar kendisine yüklenen “kapsayıcı hukuki rejim” anlamı sebebiyle ayrıca incelenmiştir. 1980’lerden itibaren kamu hizmetlerinin görülme biçiminde yaşanan fikri dönüşümün yansıdığı her yasal düzenleme, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri dışında yeni yöntem arayışını yansıtmaktadır. Bu dönüşümün ilk örneği olan “görevlendirme sözleşmeleri”ne ilişkin yasal düzenlemeleri, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişisine özel hukuk sözleşmeleri ile gördürülmesini içeren diğer yasal düzenlemeler takip etmiştir. Bu sebeple “Kamu Özel Ortaklığı Sözleşmeleri”ne kadar her bir başlık, kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin yeni yöntemlerin izahı olarak görülmelidir. Kamu özel ortaklığı sözleşmeleri ise ulusalüstü ve uluslararası örgütlenmelerle kurulan bağımlılık ilişkisi temelinde¹⁷, geniş anlamıyla özelleştirme olarak ele alınabilecek bu girişimlerin ortak hukuki rejimi olarak ele alınacaktır.

¹⁷ Seriya Sezen, “Kamu Yönetimi Reformları Küresel Bir Düzenleme mi?”, *A.İ.D.*, C: 42, 1 Mart 2009, 28.

Kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin sözleşmelerin hukuki niteliğinin ve bundan hareketle tabi oldukları hukuki rejimin, yargı içtihatlarıyla ortaya konulduğunun tespitini içeren bu çalışmada, bu nitelik ve hukuki rejimin uğradığı dönüşümü takip etmek ve buna uygun bir öngörü ortaya koymak amaçlanmıştır. Bu sebeple kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin tüm usuller değil, yalnız sözleşme usulü değerlendirilmiştir. Aynı gerekçeyle idarenin tarafı olduğu ve fakat kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin olmayan sözleşmeler inceleme kapsamına alınmamış, bu sözleşmelerin tasnif ve tavsifine girililmemiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

İDARENİN SÖZLEŞMELERİNİN NİTELENDİRİLMESİ

1.1. SÖZLEŞME VE İDARE HUKUKU

Sözleşme bir özel hukuk kavramıdır. Özel hukuk ise kişiler arası eşitlik ilkesine dayalı yatay ilişkiler hukukudur.¹⁸ Kişi, hür iradesi ile emek veya malvarlığı üzerinde yapacağı hukuki işlemlerle hukuk alanında var olur. Hukuki işlemler öznel birbirleriyle ilişki kurmalarını sağlayan araçlardır. Özel hukukta bu ilişki sözleşme yoluyla kurulur¹⁹. Sözleşme, belli bir hukuki sonucu doğurmak amacıyla en az iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile yapmış oldukları hukuki işlem olarak tanımlanmaktadır²⁰. Yani özel hukukta mal ve hizmet değişiminde kural; bu değişime rıza gösterecek olan iki tarafın alacaklı ve borçlu olmayı irade etmeleri ve iradelerini hukuka uygun biçimde açıklayarak sözleşme yapmalarıdır²¹. Özel hukukta karşı tarafın rızası olmadan tek yanlı irade açıklaması ile sonuç doğurmak istisnadır²². Sözleşme teorisi, özel hukukun en temel ilkesi olan “irade özerkliği” etrafında şekillendirilmiştir. Bu ilkeye göre özel hukuk kişileri ilişkilerini bizzat düzenlemek, diledikleri tip ve muhtevada sözleşme yapmak, sözleşmenin karşı tarafını seçmek ve sözleşmeye şekil vermek konusunda özgürdürler. Tüm bu özgürlüklerin doğal sonucu olarak sözleşmenin her iki tarafı da hukuk karşısında eşit korumaya mazhar

¹⁸ M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, 4.

¹⁹ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, 2-3.

“Hukuki açıdan sözleşme kavramı hem bir “hukuki işlem” hem de bir “hukuki ilişki”dir.” Bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku*, Yetkin Basımevi, Ankara 2015, 200.

²⁰ Eren, 166. M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku I*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, 42.

²¹ Meltem Kutlu, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, D.E.Ü.H.F. Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No:75, İzmir 1997, 5.

²² Tek yanlı irade açıklaması ile 3. kişinin hukuk alanında sonuç doğurmak mümkündür. Örneğin fesih, iptal, sözleşmeden dönme, takas gibi yenilik doğuran haklar karşı tarafın rızasına ihtiyaç göstermeden onun hukuk alanını etkiler ancak bu hakların kullanımı da ya öncesinde yapılmış bir sözleşmeden yahut doğrudan kanundan kaynaklanır. Ayrıca tek yanlı işlemlerde numerus clauses (sınırlı sayı) ilkesi hâkimdir. Kanunun öngörmediği tek yanlı işlem ile beyan sahibi hukuki sonuç doğuramaz. Oysa sözleşmelerde sınırsız sayı ilkesi geçerlidir. Bkz. Eren, 165-166.

“Özel hukukta tek yanlı iradenin açıklaması ile sonuç doğuran işlem hemen hemen yok gibidir. Vasiyet bile tek yanlı imiş gibi görünse de eğer bu yolla mirasçı durumuna girmiş bulunan kimsenin onu kabul etmeme yolunda bir iradesi varsa hiçbir hüküm doğurmaz. Özel hukuk bir sözleşmeler alanı olup açıklanan her irade kendisiyle hukuksal olarak eşit kabul edilen bir başkasıyla birleştiği anda sonuç doğurur.” Bkz. İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, 405.

olacaklardır²³. Çünkü hiç kimse iradesi dışında zorla özel bir borç ilişkisinin tarafı olamayacaksa hukuk karşısında her iki taraf da aynı korumayı görmelidir²⁴.

Kamu hukukunun bir dalı olan idare hukuku ise tek yanlı tasarruflar, icrai kararlar ve statüler hukuku olarak izah edilir²⁵. Kamu hukukunun en temel özelliği olan dikey, eşitsizliğe dayalı ilişkiler²⁶ idare hukukuna da karakterini verir. Aslında kamu hukuku alanında karşılaşılan işlemlerin hemen hepsi tek yanlıdır²⁷. Bir işlemin tek yanlı olması demek; ilgisinin rıza ve kabulüne bağlı olmaksızın yapılabilmesi ve bu işleme hukuk düzeninin sonuç bağlamış olması demektir. İdare de kamu gücüne dayanarak tek yanlı işlemler yapabilir ve özel hukuk kişisine iradesini empoze edebilir²⁸. Bunun sebebi idarenin varlık sebebi ortaya konularak anlaşılabilir. İdarenin varlık sebebi “kamu yararadır”²⁹. Kamu yararı³⁰ idarenin hem kamu hizmeti ve kamusal düzeni sağlama işlevinin dayanağıdır³¹ hem de tüm faaliyetlerinin nihai amacıdır³². Bu sebeple idarenin

²³ Eren, 17.

²⁴ Özel borç ilişkisinde kural, tarafların eşit korunması olsa da 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren üreticiye, kiralayana, işverene karşı daha zayıf durumda olan tüketici, kiracı, işçiyi koruyan hükümler içeren kanunlar giderek artmıştır. Böyle olsa bile borç ilişkilerinde alacaklı ve borçlunun sosyal ve ekonomik durumlarına bakılmaksızın aynı derecede korunması asıl, aksi durum istisnadır. Bkz. Eren, 18.

²⁵ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, 1591.

²⁶ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, 27.

²⁷ Özay, *Günüştüğünde Yönetim*, 405.

“Kamu hukuku alanında tek yanlı işlemler idare hukukuna özgü olan işlemlerden ibaret değildir. Kanun gibi yasama işlemleri ile çeşitli yargısal kararlar da tek yanlı kamu hukuku işlemleridir”. Bkz. Celal Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Yayınları, s:51, Ankara 1990, 14.

²⁸ Kemal Gözler, *İdare Hukuku I*, Ekin Yayınevi, Bursa 2009, 665.

Tek yanlı işlemde tek olan açıklanan iradenin sayısı değil, yönüdür. Birden fazla idari makam yahut kişi tarafından irade açıklanmış olsa bile aynı yönde açıklanan bu iradeler tek yanlı bir idari işlem oluşturacaktır. Bu bakımdan aynı amaçla ve aynı yönde birden çok iradenin birleşmesi ile oluşan kolektif işlemler ile birleşme işlemler çok iradeli olsalar bile, tek yanlı işlemlerdir. Sözleşme ise en az iki tarafın karşılıklı iradelerinin uyduğu çok yanlı işlemidir. Bkz. Gözler, I, 673.

Tek Yanlı İşlemlerle ilgili geniş bilgi için Bkz. Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*.

²⁹ Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukukuna Giriş*, TODAİE Yayınları No:117, Sevinç Matbaası, Ankara 1968/1970, 94.

³⁰ Yaşar’a göre; Kamu yararı kavramı, aslında genel yararın bir kamu hizmetine uygulanmasıyla belirlenen fayda anlamında daha dar ve teknik bir kavramdır. Kamu yararı, genel yarar, toplum yararı kavramları birbirlerinin yerine kullanılsalar da aynı şey değildirler. Ancak kavramların hepsinin temelinde felsefi olarak “müşterek iyilik” anlayışı yatmaktadır. Bkz. Hasan Nuri Yaşar, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2013, 30.

“Kamu yararı muhtelif kişi ve grupların çıkarları arasında bir dengeden ibarettir. Bazen bir şehirde yeşil alan yaratmak için yapılan kamulaştırma gibi çoğunluğun çıkarlarını, bazen de ağır bir yaralıyı taşıyan cankurtaranın hastaneye yetiştirilmesi örneğinde olduğu gibi bir kişinin çıkarını temsil eder. Kamu yararı basit bir ifade ile toplumdaki bireylerin sahip oldukları hürriyetleri kullanarak gerektiği gibi sağlayamadıkları zorunlu ihtiyaçlarının karşılanması suretiyle elde edilen yarardır”. Bkz. Yaşar, 32.

³¹ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari işlemler*, 22-23. Yazara göre; her örgüt işlevi ile tanımlanır. Bu sebeple idareyi de kamu hizmetinin örgütü olarak tanımlamak mümkündür.

kamu yararını gerçekleştirebilmesi için özel hukuk kişilerine oranla üstün ve ayrıcalıklı olması gerektiği kabul edilmektedir. İdare özel hukuk kişisi rıza göstermese bile onun hukuki durumunu değiştirebilmeli, işlem tesis edebilmelidir. Ancak böylelikle özel hukuk kişilerinin kamu yararının gerçekleşmesine engel olabilecek direnci kırılabilir³³. Böylece eşit, özgür hukuksal ilişki kurgusuyla çelişen tek yanlılık ve zorlama, kamu yararı varsayımı ile aşılmakta³⁴, kamu yararı idareye tek yanlılık ve kuralsallık sağlamaktadır³⁵. Ancak tek yanlı işlemler ile hukuk âleminde sonuç doğurabilen idare de sözleşme yani iki yanlı işlem yapmayı tercih edebilmektedir.

1.2. İDARENİN SÖZLEŞME YAPMA SEBEPLERİ

İdarenin işlevsel varlığının ifadesi olan kamu hizmetinin, idare tarafından bizzat sunulması kuraldır³⁶. Ancak kamu hizmeti sayılan faaliyetlerin gün gün genişlemesi başka bir ifade ile devletin kamu hizmeti olarak üstlendiği alanların artması, idarenin görev alanının da genişlemesi sonucu doğurmuştur. İdare de kamu hizmetinin gerektirdiği araç gereç, personel, mali imkân bakımından sürekli genişlemeli midir? Azrak, sözü edilen genişlemenin modern bürokrasiyi şişirmesinin önüne geçilebilmesi için, idarenin görevlerinin gün gün artan kısmını idari mukaveleler yoluyla özel

İdari işlev; kamu hizmeti ve kolluk faaliyeti ile kavramlaştırılabilir ise de asıl işlev kamu hizmetidir ve kamu düzenini sağlama yani kolluk işlevi kamu hizmeti işlevine dâhildir. Çünkü kolluk denilen de kamu düzenini sağlamaya yönelik hizmetlerin üretiminden başka bir şey değildir.

³² Onar'a göre kamu hizmeti ve kamu yararı kavramları idare hukukunun temelini oluşturmaktadır. Bkz. Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları I*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, 13.

Gülân da kamu yararı kavramını devletin, kamu hukukunun ve idare hukukunun temelinde yer alan bir kavram olarak görmektedir. Yazara göre; kamu yararı, idare hukuku kurum ve ilkelerinin ve bu arada kamu hizmeti kavramının doğumuna yol açmıştır. Bkz. Aydın Gülân, "Conseil d'État'nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı", *2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu*, Danıştay Yayınları No: 59, Ankara 11-12 Mayıs 2000, 23-25.

Kaya; kamu yararının aslında bütün devlet faaliyetlerinin temelinde yatan zımni bir şart olduğunu ve kamu yararı kavramının kamu hukuku ile özel hukuku birbirinden ayırmada kullanılan temel kriterlerden olduğunu söylemektedir. Bkz. Cemil Kaya, *Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı*, XII. Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, 4-7. Aynı yönde Tekin Akıllıoğlu, "Kamu Yararı kavramı Üzerine Düşünceler", *İ.H.İ.D.*, 9 (1-3), 1988, 11.

³³ Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara 2013, 17.

³⁴ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari işlemler*, 5.

³⁵ "Kuralsallık"; Balta tarafından idare hukukunun statüsel niteliğini ifade etmek için kullanılmaktadır. "Bir hukuki durumun kuralsallığı onun ya tamamıyla veya esas itibarıyla hukuk kuralları tarafından düzenlenerek, ilgililerin iradesine ya hiç yer tanınmaması veya pek sınırlı bir rol tanınması demektir. İdare hukuku durumları genellikle bu niteliktedirler." Bkz. Balta, 94,142. Aynı ifade için bkz. Adil Özkol, *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Açısından İdari Yargının Görev Alanı*, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, 3.

³⁶ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 322.

girişimciye gördürme çözümünün bulunduğunu söylemektedir³⁷. Yazar; “(...) modern idarenin görev alanının (...) süratle genişleyişi onu teknik ve kadro kıfayetsizliğinden doğan bir takım güçlükler karşısında bırakmaktadır(...) bu güçlükler karşısında idare faaliyet alanını daraltarak, yüklendiği görevleri azaltabilmek için bazı işleri tamamen, özel teşebbüsün esas itibariyle kâr gayesi güden inisiyatifine terk edecek değildir. Şu halde idare için tek çıkar yol kalmaktadır ki o da, idarenin bizzat yapmasında fayda umulmayan önemli işleri, sıkı kontrolü altında özel kişilere yaptırmasıdır³⁸” ifadeleriyle idarenin sözleşme yapma sebeplerine işaret etmektedir. Bu sebepler kamu hizmetlerinin yürütülmesinin özel girişime bırakılma gerekçesini ortaya koymaktadır. İdarenin sözleşme yapma yoluna gitmesi konusunda başka sebepler de gösterilebilir. Bir kere, kamu hizmetlerinin yürütülmesi için mal ve hizmete ihtiyaç duyan idarenin bu ihtiyaçları her zaman kamulaştırma, istimval gibi tek yanlı işlemlerle sağlaması mümkün olmayabilir. Yine halkın kamu hizmetlerinden yararlanması için de tek yanlı işlemler uygun değildir³⁹. İdarenin sözleşme yoluna başvurması, kamu hizmetlerinin gerektirdiği mali imkânsızlıklar ile araç gereç ve personel ihtiyacından da kaynaklanabilir. Yine piyasayı düzenleme ve serbest rekabet koşulları oluşturma isteği, borç para ihtiyacı gibi çeşitli sebepler de mümkündür⁴⁰. Sözleşme yapma yolu, özel girişim ve liberal ekonomi ilkelerini kabul eden ülkelerde özel kişilerin kamu hizmetinin yürütülmesine katılma yolu olduğu için de tercih edilmektedir⁴¹.

³⁷ Ülkü Azrak, “İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme”, *İ.Ü.H.F.M.*, 29 (3), 1963, 521.

³⁸ Azrak, “İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme”, 539.

³⁹ Recep Başpınar, “İdari Sözleşmelerden Doğan Davalar”, *Yüzyıl Boyunca Danıştay Dergisi*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1968, 512. Giritli ve diğerleri, 1304.

⁴⁰ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, Beta Basım, İstanbul 2009, 163.

⁴¹ Georges Philippe Siat Guy, “Droit Public”den aktaran Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, 545.

1929 yılında patlak veren küresel ekonomik krize çözüm olarak Keynezyen politika adı verilen; devletin ekonomideki rolünün artırılması, kamu harcamalarında-kamu hizmetlerinde artış ve genişleme ve sonuç olarak kamu kesiminde genişleme anlayışı benimsenmişti. Bu anlayış ile neredeyse tüm dünya ülkeleri kamu harcamalarında büyük artışlar yaratmıştı. Ancak ekonominin daraldığı dönemler için geliştirilmiş bu anlayış, işsizlik ve enflasyonun bir arada yaşandığı 1970’li yıllara gelindiğinde bu kez tersi yönde politikalar uygulamayı gerekli kılmıştır. 1970’li yıllardan itibaren devletlerin üstlendikleri kamu hizmetlerinin yoğun olarak özel sektöre devrini içeren uygulamalara yöneldikleri görülür. Bu konu ikinci bölümde detaylandırılacaktır.

1.3. İDARENİN SÖZLEŞMELERİ

İdarenin taraf olduğu tüm sözleşmeleri ifade eden kavram “idarenin sözleşmeleri” kavramıdır. İdarenin gerçekleştirdiği her sözleşme idare hukuku alanında gerçekleşmemektedir. Bu sebeple idarenin yalnız kamu hukukuna tabi sözleşmeleri için “idari sözleşme”, özel hukuk alanında kabul edilen sözleşmeleri için ise “idarenin özel hukuk sözleşmeleri” denilmektedir⁴². İdarenin sözleşmelerinin, sözleşmenin kurucu unsurları bakımından diğer sözleşmeler gibi olduğu söylenebilir. Fakat özel hukuk kavramı olan sözleşmenin, idare hukukuna geçerken bu hukuka uygun bir mahiyet kazanmış olduğunu söylemek gerekir⁴³. Bu husus Tekinsoy tarafından; “*idare*” ile “*sözleşme*” kavramlarının yan yana gelmesi belirli bir sorun alanına da kaynaklık etmektedir. (...) *İdare hukuku alanında “sözleşme”den bahsetmek, kuşkusuz idare ile ilgililer arasında ilişkilerin dönüşümüne -en azından farklı bir biçimine- de işaret etmektedir*” şeklinde ifade edilmektedir⁴⁴. Bu ayrık durum idarenin hem özel hukuk sözleşmeleri hem idari sözleşmeleri için geçerlidir. İdarenin gerek özel hukuk, gerekse de idari sözleşmeleri yalnızca borçlar hukukuyla açıklanamamaktadır. “*İdari sözleşmeler sözleşme olsalar da borçlar hukukundan tamamen bağımsızdırlar, idarenin özel hukuk sözleşmeleri ise tamamen borçlar hukukuna tabi değildir*”⁴⁵. Yani idarenin özel hukuk sözleşmeleri bile özel hukuk kişilerinin kendi aralarında akdettiklerinden birçok noktada ayrılık göstermektedir⁴⁶.

Bir kere sözleşme yapma yetkisi bakımından; özel hukukta tarafların hukuken eşit olduğu bir sözleşme ilişkisine girebilmeleri kural, aksi istisnadır. Başka bir deyişle özel hukukta sözleşme yapma yeteneği aksi belirtilmedikçe ve sınırlanmadıkça var sayılır ve özel hukuk kişileri diledikleri konuda sözleşme yapabilir⁴⁷. İdare de kamu tüzel kişisi olarak ortaya çıktığı anda tüm hukuk düzeni için kişidir⁴⁸. Kanuna uygun olarak kurulmuş bir idare, hem hak hem fiil ehliyetine sahiptir ve özel hukuk sözleşmesi

⁴² Gözler, II, 8. Günday, *İdare Hukuku*, 183.

⁴³ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, III, 1591.

⁴⁴ Ayhan Tekinsoy, *İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Ankara 2002, 7-8.

⁴⁵ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari işlemler*, 197.

⁴⁶ Lûtfi Duran, *İdare Hukuku Dersleri*, Fakülte Matbaası, İstanbul 1982, 427.

⁴⁷ Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri*, I, İ.Ü.H.F.Y No: 514, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1979, 120-121.

⁴⁸ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 197.

yapma yetkisi sahip olduğu bu genel ehliyetle açıklanmaktadır⁴⁹. İdarenin özel hukuk sözleşmesi yapabilmesi için yasa ile ayrıca yetkilendirilmesi gerekmemektedir. Fakat özel hukuk sözleşmesi yapmak isteyen idare, yasa ile kendi görev alanında tanımlanmış konularla ilgili olarak bu sözleşmeleri yapabilecektir. Zira idare hukukunda ehliyet, yasanın o konuyu idarenin görev alanına sokmuş olmasından kaynaklanan konu tanımlı bir ehliyettir⁵⁰.

İdarenin idare hukuku karakterli işlem ve sözleşmeleri yapabilme yeteneği ise sahip olduğu genel ehliyetle açıklanmamaktadır. İdari işlem ve sözleşmeler, idarenin kamusal yetkiler kullandığı işlemlerdir. *Kamu gücünün kullanılması ise istisnai olup, aslolan bu yetkinin bulunması değil bulunmamasıdır*⁵¹. Yasal dayanak, idari nitelikli her tür işlem ve eylemin ön koşudur⁵². Bu sebeple açık yasal dayanak olmaksızın idarenin kamu hukukuna tabi sözleşmeleri yapamaması gerekir. Bu hususu Duran; “(...) kamu hizmet ve faaliyetlerinin özel teşebbüse gördürülebilmesi ise bunun kanunlarda öngörülmüş bulunmasına bağlıdır. Yürütme ve idare kendiliğinden bu yolu seçemez ve dilediği yöntemi kullanamaz” şeklinde ifade etmektedir⁵³. Aynı hususu Tekinsoy; idarenin, hizmetin görülmesini sözleşme ile devretmesi ile yetki devrine ilişkin kurallar arasında kurduğu benzerlik üzerinden anlatmaktadır. Yazara göre, kendi içindeki yetki ve görev dağılımında bile katı kurallara tabi olan ve açık yasal dayanak olmaksızın yetki devrinde bulunamayan idari makamların, açık yasal dayanak olmaksızın hizmetin görülmesini sözleşme ile idare dışında bir kimseye bırakamaması gerekir⁵⁴.

⁴⁹ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, III, 1592. Özay, *Günlükte Yönetim*, 508. Günday, *İdare Hukuku*, 183.

Ancak bir tarafın idare olmasının yaratacağı özellikli durum sebebiyle idarenin özel hukuk sözleşmeleri, özel hukuk kişilerinin kendi aralarında akdedecekleri sözleşmelerden farklı sınırlamalara tabi olacaktır. Medeni Kanun’un tüzel kişilerde “*Hak ehliyeti*”ni düzenleyen 48. maddesine göre; “*tüzel kişiler cins, yaş hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehil*” olduklarına, idare de kanuna dayanarak kurulmuş bir tüzel kişilik olduğuna göre hem hak, hem fiil ehliyetine sahiptir ve kendi fiilleri ile borç altına girebilir ve hak sahibi olabilir. Medeni Kanun’un bu hükmünü “*Saklı hükümler*” başlıklı 55. madde ile birlikte ele almak gerekmektedir. 55. maddeye göre; “*kamu tüzel kişileri ve ticaret şirketleri hakkındaki kanun hükümleri saklıdır.*” 55. maddenin kamu tüzel kişileri için kanun hükümlerini saklı tutmuş olması, yasaların özel hukuk kişilerinin sözleşme hürriyetini sınırlayan hükümlerinden başka yasa koyucunun kamu tüzel kişileri için ayrıca sınırlayıcı düzenlemeler getirebileceğine işaret etmektedir.

⁵⁰ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 146.

⁵¹ Hatemi, 120-121.

⁵² Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 146.

⁵³ Duran, “Yap-İşlet-Devret”, *Prof. Dr. Muammer Aksoy’a Armağan İ.Ü.H.F.M.*, 46 (1-2), Ocak-Haziran 1991, 151.

⁵⁴ Tekinsoy, *İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri*, 20.

Yine, idarenin tarafı olduğu bir özel hukuk sözleşmesinde ne idare ne de sözleşmeci özel hukuk kişisi tam bir irade serbestliği içindedir. Çünkü idarenin özel hukuk sözleşmesi yaparken dahi kamu yararına uygun faaliyette bulunma zorunluluğu devam etmektedir⁵⁵. Bu sebeple idarenin hem özel hukuk hem de idari sözleşmelerinde sözleşmeci tarafı belirlerken, kamu kaynağı kullanırken serbest olamayacağı başka bir deyişle sözleşme iradesini belli ilke, usul ve esaslara uygun olarak ortaya koyma zorunluluğu kabul edilmektedir⁵⁶. Kamu hukuku karakterli bu kuralları tarafların anlaşarak bertaraf etme imkânı bulunmamaktadır⁵⁷. Yine idarenin, tarafı olduğu bir sözleşmenin şartlarını tek yanlı olarak hazırlayarak ilgililerin bilgisine ulaştırması, karşı tarafın ise bedel dışında sözleşmenin diğer unsurlarını müzakere konusu yapamaması olağan kabul edilmektedir. Bu anlamda idare sözleşmelerini bir nevi katılmalı sözleşme olarak yapmakta ve karşı taraf gerçek bir müzakere olmaksızın sözleşmeyi imzalamayı kabul veya reddetmektedir⁵⁸.

1.4. İDARENİN SÖZLEŞMELERİNİ NİTELENDİRME SORUNU

Hem özel hukuk sözleşmesi hem idari sözleşme yapabilen idarenin, tarafı olduğu bir sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi, sözleşmenin tabi olacağı hukuki rejimin tespiti bakımından önem taşımaktadır⁵⁹. İdarenin özel hukuk sözleşmeleri yaparken de tam bir serbestlik içinde olamayacağı ve kamu hukuku kurallarına muhatap olabileceğinden bahsedilmişti. Ancak bir sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi, o sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların adli yargı kolunda çözülmesi, idari sözleşme olarak nitelenmesi ise uyuşmazlıkların idari yargı kolunda çözülmesi anlamına gelecektir⁶⁰. Ayrıca, yasa ile açıkça yetki verilmedikçe idari sözleşmeler için yargı

⁵⁵ Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Karan, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün ve Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, XII. Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, 622. Aynı yönde bkz. Günday, 216. Atay, 546, 557. Kutlu, 17.

⁵⁶ Duran, *İdare Hukuku Dersleri*, 433. Kutlu, 40-41. Akyılmaz ve diğerleri, 475.

⁵⁷ Örneğin; kendisine uygun yapılan kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu hükme bağlayan 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 4. maddesi ile tarafların anlaşarak ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı düşecek değişiklikler yapmalarını yasaklamıştır.

⁵⁸ Duran, *İdare Hukuku Dersleri*, 437.

⁵⁹ Kutlu, 12. Pertev Bilgen, *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri* (Doktora Tezi) Kurtulmuş Matbaası, İstanbul, 1970, 2, 5-6. Gözler, II, 9. Günday, *İdare Hukuku*, 183.

⁶⁰ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.III, 1798. Duran, *İdare Hukuku Dersleri*, 434. Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, 511. Günday, *İdare Hukuku*, 184. Tan, "İdare Hukuku ve Tahkim", *A.İ.D.*, 32 (3), 1999, 5. Gözler, II, 8. Atay, 555. Akyılmaz ve diğerleri, 474.

yetkisine alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan tahkime başvurulamayacak, yani sözleşmeye tahkim kaydı konularak sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar idari yargı alanı

İdari yargı rejimini benimseyen Türkiye’de idari sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların idari yargının görev alanında olduğunun düşünülmesi doğaldır. Bununla birlikte Yayla; Anayasa’nın, 125. maddesi ile idari eylem ve işlemlere karşı yargı yolunun açık olduğunu hükme bağlayıp, idari yargı yoluna işaret etmemiş olması ve yine Danıştay başlıklı 155. maddesinde de Danıştay’ın, idari davalar denilmeden belli davaların ilk ve son derece mahkemesi olacağının belirtilmiş olması karşısında idari davaların idari yargıda görülmesinin Anayasal olarak zorunlu olmadığını ifade etmiştir. Bu anlamda yazara göre; yasa koyucunun idari bir uyuşmazlıktan doğan davanın adli yargı yerinde görülmesi iradesine engel olabilecek bir Anayasa hükmü yoktur. Ancak Anayasa’da adli yargı ile sivil ve askeri idari yargı ayrımının dayandığı mantık, bu yargı kollarının içinin boşaltılmasına imkân tanımayacaktır. Bkz. Yayla, 423. (Yasa koyucunun idari yargının görev alanına müdahale etmesine engel sayılabilecek Anayasal hüküm olmadığını 1961 Anayasası üzerinden anlatan bir çalışma için bkz. Turgut Tan, Tekin Akıllıoğlu, “1961 Anayasası ve Türkiye’de Yönetim Hukukunun Uygulama Alanı Sorunu”, *A.İ.D.*, 11 (2), 1978.)

Aksi yönde Günday; idari yargının görev alanının Anayasal olarak koruma altında olduğu ve yasa koyucunun bu alanı daraltma konusunda takdir yetkisine sahip olmadığını iddia etmiştir. Yazar’a göre; Anayasa’nın, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu belirten 125. maddesi hükmü ile idari işlem ve eylem için idari yargıya işaret ettiği kuşkusuzdur. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin görev alanını korumuş olan Anayasa’nın sivil idari yargı alanını korumamış olduğu düşünülemez. Bu sebeple idari işlem ve eylemlerin hukuki denetimini adli yargıya bırakan yasa Anayasa’ya aykırı olacaktır. Ancak idari işlem veya eylemin hukuka uygunluk denetiminin yapılmadığı bir uyuşmazlığın adli yargının görev alanına sokulması Anayasa’ya aykırılık teşkil etmez. Bkz. Günday; “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, *A.Y.D.*, C:14, 1997, 352-354.

(Yasa koyucunun idari davanın çözümünü adli yargıya bırakmada takdir yetkisi olmadığı hakkında ayrıca Bkz. AYM; E.1976/1, K.1976/28, K.T: 25.05.1976. 16.08.1976 tarih ve 15679 sayılı R.G. AYM; E.1988/5, K.1988/55, K.T:22.12.1988. 25.07.1989 tarih ve 20232 sayılı R.G. AYM; E.1988/32, K.1989/10, K.T:28.02.1989. 22.09.1989 tarih ve 20203 sayılı R.G.)

Güran ise; idari eylem ve işlemlerin denetiminin Anayasa gereği idari yargının mutlak tekelinde olduğunu ifade etmekte ve adli, idari ve askeri yargı ayrımı bulunan bir hukuk sisteminde idari uyuşmazlıkların adli yargı alanına taşınmasını abesle iştigal olarak görmektedir. Bu bağlamda Güran, Anayasa Mahkemesi’nin “haklı sebep” ve “kamu yararı”nın varlığı halinde idari davaların adli yargıya bırakılabileceğine dair yorumunu Anayasal sistemi bir kenara iten” basit bir pragmatizm” olarak değerlendirmektedir. Sait Güran, “İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl Sempozyumu*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:77, 12 Mayıs 2008, 58. (AYM’nin “haklı sebep” ve “kamu yararı”nın varlığı halinde idari davanın çözümünün adli yargıya bırakmada yasa koyucunun takdir hakkı olduğu hakkında bkz. AYM; E.1996/72, K.1997/52, K.T:15.05.1997. 01.02.2001 tarih ve 24305 sayılı R.G. AYM; E.2003/75, K.2006/114, K.T:21.12.2006. 31.03.2007 tarih ve 26479 sayılı R.G.)

Fransa’da da benzer tartışmanın yürütülmesi neticesinde idari yargının Anayasal olarak koruma altında olan görev alanı, Anayasa Konseyi tarafından belirlenmiştir. Buna göre; kamu gücü kullanılarak yapılan idari işlemlere karşı açılan iptal davaları idari yargı alanında olup, Anayasal koruma altındadır. Sorumluluk hukuku ve idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar yasa ile adli yargıya aktarılabilir. Tan, “İdare Hukuku ve Tahkim”, 7. Ramazan Çağlayan, “İdare Hukukunda Tahkim Usulü ve Kapsamı”, *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu II*, Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 26 Mart 2004, 122. Murat Sezginer, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, 29.

Anayasa’nın 142. maddesinde mahkemelerin görev kurallarının yasa ile belirleneceği hükmü karşısında bir mahkemenin görev alanında bulunan bir uyuşmazlığın başka bir mahkemenin görev alanına sokulmasında yasa koyucuya engel olunmadığı söylenebilir. Ancak idari bir uyuşmazlığın yargı kolunu değiştiren her bir yasal düzenlemenin Anayasa’ya uygunluk bakımından ayrı ayrı ele alınması gerekir. Ayrıca bir yasal bir düzenlemenin 125 ve 155. maddeler bakımından Anayasa’ya aykırılık teşkil etmemesi, Anayasa’ya aykırı bulunamayacağı manası taşımamaktadır.

dışına çıkarılamayacaktır⁶¹. Zira tahkimin, sözleşme serbestisinin bir sonucu olarak yalnız özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda başvurulabilecek bir müessese olduğu ve yasaklayıcı bir düzenleme olmamasına rağmen kamu hukukunda tahkime başvurulamayacağı öğretide ve yargı kararlarında ittifakla kabul edilmektedir⁶².

Görüleceği gibi idarenin özel hukuk sözleşmeleri için karma bir hukuki rejim uygulanırken, idari sözleşmeler kamu hukuku rejimine tabi olmaktadır. Kamu hukuku rejimi ile idarenin kamu yararını koruyacak araçları artmakta, sözleşmeye ve sözleşme ile bağlantılı idari işlemlere karşı ilgililerin -menfaat bağının yeterliliği sayesinde- idari yargıda dava açma olanağı genişlemektedir. Sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde ise, sözleşme üçüncü kişilerin müdahalesine kapanmakta, akid özel hukuk kişinin iktisadi güvenliği artmakta, kamu müdahalesi ise zayıflamaktadır⁶³.

İdari sözleşmeler ile idarenin özel hukuk sözleşmelerinin hangi ölçütler kullanılarak belirleneceği meselesi Türk idare hukukuna özgü değildir. İdarenin hangi sözleşmelerinin özel hukuk, hangilerinin idari sözleşme olduğu uzun yıllar kaynak Fransız Hukuku'nda da gerek öğreti gerekse de Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında tartışılmıştır⁶⁴. Bunun sebebi sözleşmeleri nitelendirmeye yarayan ölçütlerin anayasal ya da yasal düzenlemelerden çıkarılamamasıdır. Örneğin Türk Hukukunda, 1924 Anayasası'nın 26. maddesinde; "*imtiyaz mukavele ve şartnameleri üzerine beyanı mütalaâ*" ile Şûra-yı Devlet'in (Danıştay) görevli olacağı hükme bağlanmış, 1925 tarih ve 669 sayılı Şûra-yı Devlet Kanunu'nda⁶⁵ da "*Hidemati*

⁶¹ Bu sebeple kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine tahkim kaydı konulabileceğine dair 1999 Anayasa değişikliği ve buna uygun yasal düzenlemelerin tüm idari sözleşmeler için değil yalnız imtiyaz sözleşmeleri için tahkimi mümkün kıldığı ifade edilmektedir. Bkz. Ramazan Çağlayan, "İdare Hukukunda Tahkim Usulü ve Kapsamı", 129.

⁶² Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları III*, 1931-1933. Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, 434. Abdurrahim Karşlı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2012, 905. Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013, 1064. Ayrıca bkz. Yargıtay İ.B.G.K.; E.1993/4, K.1994/1, K.T: 28.01.1994. *Yargıtay Kararları Dergisi*, 20 (4), Nisan 1994, 525. Danıştay, 1. D, E.1965/933, K.1966/44, K.T:11.01.1966. *Danıştay Kararları Dergisi*, s:100-102, 308.

⁶³ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 203.

⁶⁴ Fransız öğretisinde idari sözleşme ve özel hukuk sözleşmesi ayrımı konusundaki görüşler için bkz. Kutlu, 21-38. Bilgen, 2-5 ve 37-68.

İdari rejimi benimseyen ülkelerde de ciddi farklılıklar vardır. Örneğin Almanya'da, Fransa ve Türkiye'de idari sözleşmenin temel tipi olarak kabul edilen kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri idari sözleşme değildir. Bkz. G. Marcou "Les modes de gestion des services publics locaux en Allemagne et le probleme de l'ouverture la concurrence"den naklen Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku I*, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, 467. Türkiye'de ise Fransa'da idari sözleşme sayılan bayındırlık sözleşmeleri idari sözleşme değildir. Gözübüyük ve Tan, 467.

⁶⁵ Bkz. 07.12.1925 tarih ve 238 sayılı R.G. (7 Kânûn-i evvel 1341)

umumiyeden birini ifa maksadı ile akdedilen mukavelelerden dolayı akîtlar arasında tekevvün eden ihtilafların” Şûra-yı Devlet’te çözümleneceği hükme bağlanmıştır⁶⁶. 1961 Anayasası’nın 140. maddesinde ise; imtiyaz sözleşmeleri hakkında Danıştay’ın görüş bildirmek olan görevi “inceleme” olarak düzenlenmiştir. 1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanunu’nda⁶⁷ da “*genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için akdedilen idari mukavelelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar*”ın Danıştay’da çözümleneceği hükme bağlanmıştır. 1982 Anayasası’nın 155. maddesinde de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine yer verilmiş ve bunlar hakkında Danıştay’ın görevi “düşünce bildirmek” olarak belirlenmiştir. Halen yürürlükte olan 1982 tarih ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nda⁶⁸ ise; *tahkim yolu öngörülmeleyen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları*” karara bağlamak görevi Danıştay’a verilmiş iken, 1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda⁶⁹ (İYUK) “*kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmeden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar*”ın idari dava olduğu hükme bağlanmıştır.

Tüm bu düzenlemeler incelendiğinde, idarenin taraf olduğu sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin ölçüt belirlemek mümkün olmamaktadır. Ancak esasın görev kuralını izleyeceği ilkesinden hareketle⁷⁰ öteden beri Danıştay ile ilişkilendirilen kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin idari sözleşme olduğu sonucuna varılabilir.

Kamu hizmetlerinin yürütülmesi için yapılan (diğer) sözleşmeler için ise şunlar söylenebilir. Yasal düzenlemelerde, kamu hizmetlerinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden doğan davaların idari dava olduğu belirtilmiştir. Yasadan, kamu hizmetlerinin yürütülmesi için yapılan her sözleşmenin idari sözleşme olduğu sonucu çıkmamaktadır. Kamu hizmetlerinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmeden doğan davanın idari dava olduğu sonucu çıkmaktadır. Yasa’da kamu hizmetlerinin yürütülmesi için yapılan “idari sözleşmeden” değil “sözleşmeden” doğan davanın idari dava olacağı hükme bağlansaydı yine görev kuralından hareketle kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin sözleşmelerin de idari sözleşmeler olacağı söylenebilirdi. Fakat düzenlemeler bu

⁶⁶ Bilgen, 6.

⁶⁷ Bkz. 31.12.1964 tarih ve 11896 sayılı R.G.

⁶⁸ Bkz. 20.01.1982 tarih ve 17580 sayılı R.G.

⁶⁹ Bkz. 20.01.1982 tarih ve 17580 sayılı R.G.

⁷⁰ Bilgen, 6.

haliyle bir ölçüt sunmamaktadır⁷¹. Bu sebeple, idarenin sözleşmelerini nitelendirmeye yarayan ölçütler Yargı Makamları tarafından ortaya konulmuş, başka bir deyişle niteleme içtihatla yapılmıştır⁷². Ancak sözleşmenin tabi olacağı hukuki rejimin belirlenmesi gibi son derece önemli bir tespiti de yol açan nitelik tespiti, olan ve olması gereken hukuk bağlamında sürekli tartışma konusu olmuş, hatta olmaya devam etmektedir⁷³.

1.5. NİTELENDİRMEDE KULLANILAN KRİTERLER

İdarenin tarafı olduğu bir sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesinde esas alınacak kriterler içtihatla ortaya konulmuştur. Ancak yasa koyucu da sözleşmenin hukuki niteliğini ortaya koyabilir. Yasa koyucu, bir sözleşmenin idari sözleşme mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olduğunu açıkça belirterek doğrudan nitelemede⁷⁴ bulunabildiği gibi, sözleşmenin tabi olacağı hukuk kurallarını⁷⁵ yahut sözleşmeden

⁷¹ Tan, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, A.Ü.S.B.F.D., 50 (3-4), 1995, 292. Gözler, II, 14. Atay; “sözleşmenin özel hukuka mı yoksa idare hukukuna mı tabi olduğunu belirten resmi ve tek bir ölçüt mevcut değildir.” Atay, 547.

⁷² İdare hukukunda hukuki metinlerin sınırlı sayıda oluşu ve her tür idari etkinliğin kapsamlı olarak düzenlenememesi sebebiyle idari yargı ve özellikle de Danıştay, pozitif düzenleme eksikliğini içtihatla gidermiştir. Bu alanlardan biri de idari sözleşmeler alanıdır. İdari sözleşmelere ilişkin temel ilkeler de içtihatla ortaya konulmuş, sonrasında bu ilkelerin bir kısmı yasa koyucu tarafından yasalaştırılmıştır. Atay, 43.

⁷³ İdari sözleşme ile özel hukuk sözleşmesi ayrımı konusunda yaşanan zorluğu Onar; “ (...) ne akidin idare olması ne mevzuun amme hizmeti olması ve ne de akitlerin yapılış şekilleri akdin idari mukavele sayılması için yeterli değildir. İdari mukaveleler idare kudretine dayanması, bu kudretin unsur ve karakterlerini ihtiva etmesi ve bu sebeple de idari usullerden birini teşkil emesi bakımından mahiyet itibarıyla medeni ve ticari mukavelelerden farklı olduğu halde bu idari mukavelelerin karakterlerini her zaman kolayca görmek ve bunları medeni ve ticari mukavelelerden ayıracak kriterleri bulmak kolay değildir” şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, III, 1595.

⁷⁴ Gözler, II, 11, 14. Zabunoğlu, *İdare Hukuku I*, 466. Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri*, Değişim Yayınları, İstanbul 2004, 189. Tekinsoy, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, 185-186.

Örneğin 5441 sayılı “Devlet Tiyatrosu Kuruluşu Hakkında Kanun” un 5. maddesinde; “Devlet Tiyatroları sanatkâr memurları, uygulatıcı uzman memurları ve uzman memurları sanat ve yönetim kurulu kararı üzerine genel müdürle aralarında yapılacak bir yıl süreli idari sözleşmelerle göreve alınırlar.” denilerek yasa tarafından sözleşmenin niteliği açıkça ve doğrudan yapılmıştır. Yine, 4054 sayılı “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun” un 34. maddesinde; “Kurum hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, idari hizmet sözleşmesi ile sözleşmeli olarak istihdam edilen personel eliyle yürütülür.” denilmiştir.

⁷⁵ Gözler, II, 11.

Örneğin 1994 tarih ve 3996 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin “Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun” un 1999 tarih ve 4493 sayılı Kanun’la değişik 5. maddesine göre; “Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir.” Yine 1997 tarih ve 4283 sayılı “Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması Ve İşletilmesi İle Elektrik Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun” un 3. maddesine 2006 tarih ve 5539 sayılı Kanun ile eklenen 6. fıkrada; “Bu sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabidir.” denilmektedir. Benzer biçimde 2002 tarih ve 4735 sayılı “Kamu İhale

kaynaklanacak uyuşmazlıkların hangi yargı kolunda çözümleneceğini⁷⁶ göstermek suretiyle dolaylı nitilemede bulunabilmektedir⁷⁷.

Yasa koyucunun idarenin tarafı olduğu bir sözleşmenin hukuki niteliğine dair düzenleme yapabileceği hususunda Türk İdare Hukuku öğretisinde tartışma yoktur. Bu bakımdan Onar; *“İdarenin mukavelelerinin bir kısmı ya kanunun tavsifi veya mahiyet ve tabiatları, mevzularının hususiliği bakımından idari mahiyet arz ederler.”* demektedir. Duran; yasayla nitilemeyi, *“her şeyden önce mukaveleyi öngören ve düzenleyen kanun hükmü varsa ona bakılır ve açık bir nitilemede bulunmuşsa buna itibar edilir.”*⁷⁸ şeklinde ifade etmektedir. Özay; bir sözleşmenin idari niteliğinin, sözleşmeye ilişkin ya da sözleşmeyle ilgili yasal düzenlemelerden çıkarılabileceğini söylemektedir⁷⁹.

Tartışma konusu olan husus, sözleşme yasa koyucunun iradesi ile idari yahut özel hukuk sözleşmesi olarak açıkça nitelenmiş yahut kamu hukuku ya da özel hukuk hükümlerine tabi olacağı hükme bağlanmış veya sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklar için görevli yargı kolu gösterilmişse yargı makamlarının nasıl hareket edeceğidir. Başka bir deyişle yasa koyucunun iradesi tartışmasız kabul edilecek midir yoksa yasa koyucunun içtihatla yaratılan kriterlere uygun tasarrufta bulunması mı beklenecektir? Yasa koyucu alışılmış uygulamanın dışına çıkmış ise onu sınırlamak için Anayasal dayanak mevcut mudur? Öğretide tartışma konusu olan bu hususta görüşler farklıdır. Bu

Sözleşmeleri Kanunu” nun 4. maddesinde; *“Bu kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir.”* denilmekte ve Kanun’un 36. maddesinde de; *“Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.”* ifadeleriyle sözleşme yasa koyucu tarafından dolaylı biçimde özel hukuk sözleşmesi olarak nitelenmektedir.

⁷⁶ Öğretide sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar için görevli yargı kolunun yasa ile belirlenmiş olmasının sözleşmenin niteliğin belirlenmede ölçüt olamayacağını savunanlar da vardır. Örneğin Bilgen, bazı hallerde yasa koyucu tarafından getirilen görev kuralının sun’i olabileceğini ifade etmektedir. Yani sözleşmenin konusunun idare hukuku alanına dâhil olduğuna şüphe olmamasına rağmen çeşitli sebeplerle sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklar için adli yargı görevli kılınmış olabilir. Bu durumda getirilen görev kuralı sun’idir. Bunun tersi ise görev kuralının rasyonel olmasıdır. Bu durumda kanun koyucu doğru bir gözlem yapmıştır, görev kuralı sözleşmenin niteliğine uygundur. Bilgen, 11. Aynı yönde Recep Başpınar, *“İdari Sözleşmelerden Doğan Davalar”*, 514.

Tekinsoy da yasa koyucunun yalnızca sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıkların çözüleceği yargı kolunu göstermiş olmasını dolaylı nitileme olarak kabul etmektedir. Yazara göre; sözleşmenin açıkça idari yahut özel hukuk sözleşmesi olarak belirtilmesi yahut tabi olacağı hukuki rejimin özel hukuk veya kamu hukuku olarak gösterilmesi doğrudan nitilemedir. Tekinsoy, *“İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”*, 185-186.

⁷⁶ Bilgen, 34. Gözler, II, 19. Tekinsoy, *İdari*

⁷⁷ Gözler, II, 12.

⁷⁸ Duran, *İdare Hukuku Dersleri*, 430.

⁷⁹ Özay, *Günışığında Yönetim*, 511.

konuda Duran; “nitelendirme yasa koyucu tarafından yapılmışsa buna itibar edilir” ifadeleriyle yasayla nitelemenin asıl olduğuna dikkati çekmiştir⁸⁰. Gözler’e göre; yasa koyucunun sözleşmeyi doğrudan nitelendirmesi veya sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejimi veya yargı kolunu göstermesi halinde sözleşmenin niteliğine dair tartışılacak bir şey kalmamıştır. Zira içtihatla yaratılan kriterlere göre idari sözleşme olduğu düşünülen sözleşmenin bile yasa koyucu tarafından niteliğinin değiştirilmesi mümkündür. Bu anlamda yasa koyucuyu sınırlayan bir Anayasa hükmü bulmak mümkün değildir⁸¹. Benzer biçimde Yayla, bu tür nitelemelerin yasa koyucunun tercihiyle göre değişebileceğini, yasa koyucunun tasarrufunun Anayasa’ya aykırılık teşkil etmeyeceğini söylemektedir⁸². Aksi yönde Özay, yasal bir düzenleme ile bir uyumsuzluğun maddi niteliği üzerinde bir değişim yaratılamayacağını yalnız çözüm alanının birinden bir diğerine aktarılabilirliğini ifade etmektedir⁸³. Benzer biçimde Karahanoğulları, yasa ile niteleme mümkün olsa da hukuki niteliğin yasayla değiştirilemeyeceğini ve buna yönelik düzenlemenin Anayasaya uygun olup olmadığının denetleneceğini ifade etmektedir⁸⁴.

1.5.1. Organik Kriter

Organik kriter, sözleşmenin taraflarına ilişkindir. Buna göre, bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için taraflarından en az birinin kamu tüzel kişisi olması lazım gelir. Tarafların her ikisi de kamu tüzel kişisi olabilir. Ancak kamu tüzel kişileri kendi aralarında özel hukuk sözleşmesi de yapabilecekleri için sadece tarafların kamu tüzel kişiliğine bakılarak sözleşmenin idari sözleşme olduğu söylenemez⁸⁵. Bir taraf kamu tüzel kişisi olmak zorunda olduğuna göre her iki tarafın özel hukuk kişisi olduğu

⁸⁰ Duran, *İdare Hukuku Dersleri*, 430.

⁸¹ Gözler, II, 12-17.

⁸² Yayla, *İdare Hukuku*, 168 (377 numaralı dipnot).

⁸³ Özay, “Türkiye’de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı”, *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:33, Ankara 10-11-12 Haziran 1982, 29. Aynı yönde Kutlu, 25.

⁸⁴ Konusu itibarıyla idari olan sözleşmenin yasa koyucunun isimlendirmesi ile nitelik değiştirmeyeceğini Karahanoğulları; “*Kişiler arasındaki kira sözleşmelerinin idari sözleşme sayılacağına, uyumsuzlukların idare mahkemelerinde çözüleceğine ilişkin yasa hükmü konulmuş olsaydı, sırf yasama organının sözleşmeleri niteleme yetkisinin bulunuyor olması bu hükmü Anayasa’ya uygun yapmayacaktı.*” şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 202-203.

⁸⁵ Bilgen, 33. Akyılmaz ve diğerleri, 480.

sözleşmeler idari sözleşme olamazlar⁸⁶. Bununla birlikte Fransız hukukunda taraflardan birinin kamu tüzel kişinin vekili sıfatıyla, onun adına hareket ettiği durumlarda organik kriterin sağlanmış olduğu kabul edilmektedir⁸⁷. Özel hukuk kişilerinden birinin kamu tüzel kişisi hesabına hareket ettiği durumlarda ise organik kriterin sağlandığı söylenemez. Ancak Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi 1963 tarihli Société Entreprise Peyrot kararında⁸⁸ otoyol imtiyazcısı durumunda bulunan bir şirketin diğer özel hukuk kişisi şirketlerle akdettiği sözleşmede devlet hesabına hareket ettiğini ve bu sebeple sözleşmenin idari sözleşme sayılarak uyuşmazlığın idari yargıda çözülmesi gerektiğine karar vermiştir⁸⁹.

Türk hukukunda, idare ile idari bir sözleşme yapan özel hukuk kişinin bir başka özel hukuk kişisi ile yaptığı sözleşmenin idari sözleşme sayıldığı bir yargı kararı yoktur. Yani taraflardan birinin idare olması kuralı mutlak⁹⁰. Yine idarenin sözleşmenin tarafı durumunda olmayıp yalnız tarafların sözleşmeyi akdetmelerinde kolaylaştırıcı olduğu yahut fiyat saptadığı iki özel hukuk kişisi arasındaki sözleşmenin de idari sözleşme olamayacağı kabul edilmektedir⁹¹.

⁸⁶ Gözler, II, 19.

⁸⁷ Gözübüyük ve Tan, 482.

⁸⁸ “Société Entreprise Peyrot”; Tribunal des Conflicts”, RDCE 1963, 787’den naklen Gözler, II, 21.

⁸⁹ Burada mahkemenin, şirketin devlet hesabına hareket etmiş olduğunu kabul ederken imtiyaz sahibi bu şirketi özel hukuk kişisi olarak görmediği, karma ekonomik yapısı sebebiyle bu kararı verdiği ifade edilse de Mahkeme karma yapılı şirketler için kabul ettiği bu çözümü daha sonra özel şirketler için de uygulamıştır. Bkz. Gözübüyük ve Tan, 483.

⁹⁰ Gözler, II, 42. Akyılmaz ve diğerleri, 480.

Konu, Türk hukukunda Türk Telekom A.Ş. ile özel işletmeciler arasındaki ara bağlantı sözleşmelerinin Danıştay tarafından “*imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olmayan idari sözleşme*” olarak nitelendirilmesi sebebiyle bir dönem tartışma konusu olmuştur. (Bkz. Danıştay 10.D; E.1998/6754, K.1999/830, K.T: 11.03.1999) Ara bağlantı sözleşmelerinin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi karşısında, özel işletmeci GSM işletmelerinin de kendi aralarında akdedecekleri ara bağlantı sözleşmelerinin niteliğinin de idari olup olmayacağı tartışılmıştır. GSM işletmeleri arasında imzalanacak ara bağlantı sözleşmeleri de idari sözleşme olarak kabul edilirse Türk Hukuku’nda da iki tarafın da özel hukuk kişisi olduğu bir sözleşme idari sözleşme sayılmış olacaktı. Ancak 406 sayılı Telefon ve Telgraf Kanunu’nda 4502 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde Türk Telekom A.Ş.’nin kamu kurumu niteliği ortadan kaldırılmıştır. Türk Telekom A.Ş.’nin kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilmesinin mümkün olmaması karşısında bu tartışma son bulmuştur. Zira kendisi kamu kurumu olmayan Türk Telekom A.Ş.’nin GSM işletmeleri ile imzalayacağı ara bağlantı sözleşmeleri idari sözleşme olamayacağı için GSM işletmelerinin bu sözleşmeye dayanarak kendi aralarında imzalayacakları ara bağlantı sözleşmeleri idari olamayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Atalı, “Ara Bağlantı Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Bu Sözleşmelerden Doğan İhtilafların Çözümünün Ait Olduğu Yargı Kolu”, A.Ü.H.F.D., 10 (1-2), 2006, 399.

⁹¹ Akyılmaz ve diğerleri, 480. Günay, *İdare Hukuku*, 184. Zehra Odyakmaz, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, G.Ü.H.F.D., 2 (1-2), 1998, 148.

1.5.2. Maddi Kriter

Maddi kriter sözleşmenin konusuna, içeriğine ilişkin kriterdir. Bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelenebilmesi için taraflardan birinin idare olması yetmemekte ayrıca bu sözleşmenin maddi kriterlere de uygun olması gerekmektedir⁹². Maddi kriterler ise “sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması” ile “sözleşmenin özel hukuku aşan hüküm ve şartlar içermesidir”⁹³. Bu ölçütler, Fransız Danıştay’ının (Conseil d’État) 1903 tarihli “Terrier Kararı”ndan⁹⁴ beri geliştirilmiş⁹⁵ ve idari yargı rejimini benimseyen ülkelerde de esas olarak Fransa’daki gelişim takip edilerek uygulanmıştır⁹⁶.

1.5.2.1. Sözleşmenin Konusunun Kamu Hizmetinin Yürütülmesine İlişkin Olması

Bir kamu tüzel kişinin tarafı olduğu sözleşmenin idari sözleşme sayılması, bu sözleşmede kamu hizmetinin yürütülmesi işinin bir özel hukuk kişisine verilmesi sebebiyle olmuştur. Fransız Danıştay’ının 4 Mart 1910 tarihli “Thérond Kararı”nda⁹⁷ Danıştay; Bay Thérond ile Belediye arasında imzalanan sözleşmede şehirde başıboş dolaşan köpeklerin yakalanması ve ölü hayvanların kaldırılması işinin Thérond’a verilmesini kamu hizmetinin yürütülmesi olarak görmüştür. Olayda imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıyan bir idari bir sözleşme olduğu ifade edilmiş⁹⁸ ve bu sözleşmeden doğacak uyumsuzluğun idari yargı alanına ait olduğuna karar vermiştir. Kararla, kamu hizmetinin yürütülmesinin özel hukuk kişisine devrinin, sözleşmenin idari sözleşme sayılması için yeterli şart olduğu ortaya konulmuştur. Bu konudaki ilke ise, yine Fransız Danıştay’ının

⁹² Gözler, II, 24.

⁹³ Gözler, II, 24.

⁹⁴ Aslında 1873 tarihli Blanco Kararı ile idare ile üçüncü kişiler arasındaki ilişkilerde “kamu hizmeti” görev kriteri olarak kabul edilmiş ve kamu hizmetinin yürütülmesinden sorumlu olan idarenin kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan zarar sebebiyle sorumluluğunun idari yargının görev alanında olacağına karar verilmiştir. Blanco kararı ile görev kriteri olarak ortaya çıkan kamu hizmeti, ilk kez Terrier Kararı’nda kamu hizmetinin yürütülmesi için yapılan sözleşmelerden doğan uyumsuzluklar için de uygulanmıştır. Bilgen, 45-46.

⁹⁵ Bilgen, 34.

⁹⁶ Azrak, “İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme”, 526, 534. Kutlu, 26. Önder Ayhan, “İdari Sözleşmeler”, *Danıştay Dergisi*, y:9, s:32-33, 1978, 95.

⁹⁷ Conseil d’État, 4 Mart 1910, Thérond, RDCE, 1910, 193’den naklen Gözler, II, 27.

Hükümet Komiseri Pichat’a göre; Thérond Kararı Terrier kararı ile aynı özellikler göstermektedir. Bilgen, 38.

⁹⁸ İlk kez bu kararla kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin idari sözleşme olduğunun ortaya konulduğu hakkında bkz. Pequignot’dan naklen Bilgen, 38.

20 Nisan 1956 tarihli “Bertin Kararı”⁹⁹ ile ortaya konulmuştur¹⁰⁰. Karara konu olayda; Sovyetler Birliğine gönderilecek olan Sovyet mültecilerin, geri gönderilinceye dek günlük 30 frank karşılığında beslenmelerinin sağlanması işi için Bay ve Bayan Bertin ile idare arasında bir sözleşme imzalanmıştır. Bu sözleşmeden doğan uyuşmazlık karşısında Fransız Danıştay; sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin görülmesi işinin bizzat özel hukuk kişisince yerine getirilmesi olduğunu söylemiş ve sözleşmenin bu sebeple idari sözleşme olduğuna karar vermiştir. Bu noktada Fransız İdare hukuku sisteminde “kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olma”nın, bir kamu hizmetinin bizzat özel hukuk kişisi tarafından yürütülmesinin yanında, özel hukuk kişinin hizmetin yürütülmesine katıldığı durumları da içerir biçimde kullanılmış olduğunu söylemek gerekir¹⁰¹. Yani Fransız Hukuk sisteminde taraflarından birinin idare olduğu ve sözleşmenin konusunun da özel hukuk kişinin kamu hizmetinin yürütülmesi işini bizzat üstlenmesi yahut hizmetin yürütülmesine katılması olduğu sözleşmeler sırf bu sebeple idari sözleşme sayılmıştır¹⁰². Bu anlamda, konusu kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olan sözleşmelerin ayrıca idareye üstün yetkiler tanıyıp tanımadığının tetkikine girilmemiştir.

Türk yargı kararları incelendiğinde ise kamu hizmeti kriterinin Fransa’da anlaşıldığı biçimiyle anlaşıldığı söylenebilir. Yani sözleşmenin idari olabilmesi için konusunun “kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması” lazım gelir. Bu konuda ilk karar, Danıştay’ın 26.02.1935 tarihli “Tramvay Şirketi Kararı”dır. Bu karara değin idari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinde ayırmaya yarayacak ölçütler konulmuş değildir¹⁰³. Bu kararda da idari sözleşme ile özel hukuk sözleşmesi ayrımının nasıl yapılacağının ortaya konulmuş olduğu söylenemez. Ancak ilk kez kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin “*idari mukaveleler mecmuasına dahil olduğu*”, “*amme hizmetini yürütmek ve muntazam bir halde işletmek gayesini temin etmek için amme kudreti haklarıyla da teçhiz edildiği*” ifade edilmiş, bu nevi mukavelelerden doğan ihtilafların Şûra-yı Devlet tarafından hükme bağlanacağını yasanın amir hükmü olduğu ifade

⁹⁹Conseil d’État, Section, 20 Nisan 1956, Epoux Bertin, RDCE, 1956. 167’den naklen Gözler, II, 26.

¹⁰⁰ Gözler, II, 26.

¹⁰¹ Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 25 Mart 1996 tarihli “Berkani c. Crous de Lyon-Saint- Etienne” kararından beri idari kamu hizmetlerinin yürütülmesi için sözleşme ile istihdam edilen personelle idare arasında yapılacak hizmet sözleşmesi de idari sözleşme sayılmıştır. Gözler, II, 27.

¹⁰² Gözler, II, 26.

¹⁰³ Necmi Osten, *İdari Mukavele ve Âmmе Hizmeti İmtiyazlarının Hukukî Mahiyeti*, Arkadaş Basımevi, İstanbul 1938, 9.

edilmiştir¹⁰⁴. Danıştay’ın kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ilişkin vermiş olduğu bu karardan sonra, idarenin tarafı olduğu bir sözleşmenin idari niteliği, sözleşmenin imtiyaz sözleşmelerinin özelliklerine uygunluğu esas alınarak ortaya konulmuştur¹⁰⁵. Örneğin, Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 24.01.1946 tarihli kararında “(...) *Bir amme hizmetinin tanzim ve işletilmesini temin maksadı ile mün’akid olan ve idari prensip kaideleri harekete getiren idari mukaveleler; Devletin amme kudretine dayanmaksızın tamamen bir fert gibi hareket ettiği ve tam bir müsavat esasına dayanan hususi hukuk mukavelelerinden ayrı bir karakter arzeder.*” denilmek suretiyle idari sözleşmelerin kamu hizmetinin yürütülmesini temin eden sözleşmeler olduğuna işaret edilmiştir¹⁰⁶. Yine 24.09.1992 tarihli Danıştay Kararı’nda “(...) *Genel olarak taraflardan biri idare ve konusu kamu hizmeti olan ve bu hizmetin yürütülmesi için yapılan amacı kamu yararı olarak saptanan ve idareye üstünlük ve ayrıcalıklar tanıyan sözleşmeler idari sözleşme niteliği taşırlar.*” denilmiştir¹⁰⁷. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi kararlarında da idari sözleşmelerin kamu hizmetlerinin yürütülmesi işinin özel hukuk kişisine verildiği ve idareye özel hukuku aşan yetkilerin tanındığı sözleşmeler olarak tanımlandığı görülür. Anayasa Mahkemesi 09.12.1994 tarihli kararında; “*Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılması için sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kamu kurumu ya da kuruluşu olması, sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülüşü ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması koşullarının varlığı gerekir*” ifadelerine yer vermiştir¹⁰⁸.

Yargı kararları incelendiğinde Türk Yüksek Yargısı’nın “kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olma” yanında “idarenin üstün ve ayrıcalıklı olması-özel hukuku aşan yetkilerinin bulunması” vurgusu yaptığı da dikkati çekmektedir. Ancak gerek Danıştay gerek Uyuşmazlık Mahkemesi kararları incelendiğinde Mahkemelerin, sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesi olduğunu tespit ettikleri

¹⁰⁴ Karar menî için bkz. Osten, *İdari Mukavele ve Âmmе Hizmeti İmtiyazlarının Hukukî Mahiyeti*, 37-38. Aynı yönde Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, III, 1594.

¹⁰⁵ Cem Çağatay Orak, *Kamu hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Sözkese Matbaası, Ankara 2006, 39.

¹⁰⁶ U.M; E.1946/5, K.1946/1, K.T: 24.01.1946. Bkz. 12.03.1946 tarih ve 6254 sayılı R.G.

¹⁰⁷ Danıştay 1.D; E.1992/232, K.1992/294, K.T:24.09.1992. *Danıştay Dergisi*, y:23, s:87, 33-40.

¹⁰⁸ AYM; E.1994/43, K.1994/42-2, K.T:09.12.1994. Bkz. 24.01.1995 tarih ve 22181 sayılı R.G.

durumlarda özel hukuku aşan şartların da bulunduğunu varsaymış oldukları görülür¹⁰⁹. Başka bir deyişle sözleşmenin konusu kamu hizmetinin yürütülmesi ise bu sözleşmede idare üstün ve ayrıcalıklı durumda olacaktır ve özel hukuku aşan kayıt ve şartların sözleşme metninde bulunup bulunmaması sözleşmenin idari niteliğini ortaya koymak bakımından önemli değildir. Sözleşme, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olduğu için sırf bu sebeple idari sözleşmedir¹¹⁰.

Sözleşmenin konusu kamu hizmetinin yürütülmesi değilse ve fakat konunun kamu hizmeti ile bağlantısı varsa, bu durumda özel hukuku aşan şartların sözleşmede bulunup bulunmadığını araştırmak gerekecektir. Danıştay, İzmir Belediyesi ile İzmir İmalat ve İnşaatı Umumiye Türk Anonim Şirketi arasında yol yapımını konu edinen sözleşmeye ilişkin 1940 tarihli bir kararında “ *idare velev ki amme menfaati ile alakadar bir ihtiyacı temin bakımından akdedeceği mukavelelerde hususi hukuk hükümlerine veya idari hukuk ismiyle anılan amme hukuku hükümlerine istinad suretiyle akit yapmakta serbesttir.*”¹¹¹ diyerek ve yine 1941 tarihli bir kararında ise; “*Amme hizmetlerinin işlemesi için salahiyyetli makamlar mesela imtiyaz mukaveleleri gibi amme hizmetlerine iştiraki tazammun eder mahiyette mütebariz bir amme mukaveleleri karakterini taşıyan mukaveleler haricinde ammenin menfaatine muvafık gördükleri şekil ve surette mukavelelerini dilerlerse hususi hukuk hükümlerine uygun dilerlerse amme hukuku hükümlerine tabi idari mahiyette tanzim edebilirler.*”¹¹² ifadeleri ile imtiyaz sözleşmeleri dışında kamu hizmetleri ile ilgili diğer sözleşmelere idarenin üstün ve ayrıcalıklı yetkilerine dayanarak idari karakter verebileceğine işaret etmiştir. Benzer biçimde Uyuşmazlık Mahkemesi 26.02.1953 tarihli kararında; “*Doğrudan doğruya bir amme hizmetinin işlemesine iştirak maksadını istihdaf etmeyen ve bir amme hizmetine tahsis edilmek üzere vücuda getirilecek olan bir binanın tali ve ihzari işlerine müteallik bulunan mukavelelere adi mukavele tipini vermek hususunda idareye bir salahiyyetsizlik*

¹⁰⁹ Osman Meriç, “İdari Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İçtihatla İşlenmiş ve İşlenmemiş Yönleri,” *Danıştay Dergisi* y:3, s:11, 1973, 71. Çırakman, 91. Ayrıca bkz. Danıştay 8.D.; E.1989/1174, K.1989/1148, K.T: 28.12.1989. Bkz. *Danıştay Dergisi*, y:20, s:78-79, 387.

¹¹⁰ Bilgen, 69.

Kamu imtiyaz sözleşmeleri ile nitelik olarak buna yaklaşan müşterek emanet sözleşmeleri dışında kamu hizmetlerinin tümünün yahut bir bölümünün sözleşmecisi özel hukuk kişisi tarafından yürütülmesi için yapılan sözleşmeler sırf bu sebeple idari oldukları halde, kamu hizmeti ile ilişkinin bunlar dışında olduğu hallerde özel hukuku aşan şartlar var ise sözleşmenin idari sözleşme sayılacağı hususunda Ayhan, 107; Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları III*, 1606. Bilgen, 1314.

¹¹¹ Danıştay D.D.U.H; E.1940/239, K.1940/290, K.T: 24.09.1940. *Danıştay Kararları Dergisi*, s:14, 52.

¹¹² Danıştay D.D.U.H; E.1941/141, K.1941/216, K.T: 08.07.1941. *Danıştay Kararları Dergisi*, s:19, 52.

izhar edilemeyeceğinden (...)”¹¹³ ifadelerine yer vererek doğrudan kamu hizmetinin işletilmesine ilişkin olmasa da kamu hizmetleri ile ilgili sözleşmeye idarenin dilerse özel, dilerse idari karakter verebileceğini kabul etmiştir.

Yüksek Yargı, sözleşmenin konusu kamu hizmetinin yürütülmesi olmayıp da yalnızca kamu hizmetini ilgilendiriyorsa, idarenin bu sözleşmeyi dilerse özel hukuk hükümlerine göre yapacağını dilerse üstün ve ayrıcalıklı yetkilerine dayanarak sözleşmeye idari karakter vereceğini kabul etmiştir. Ancak yukarıdaki kararlarda ortaya konulan ilkeye mahkemelerin kendilerinin uygun davranmamış olduğu ifade edilmektedir¹¹⁴. Örneğin yukarıda yer verilen İzmir Belediyesi ile İzmir İmalat ve İnşaatı Umumiye Türk Anonim Şirketi arasında, yol yapımı işini konu edinen 1940 tarihli kararında Danıştay Umumi Heyeti, sözleşme içeriğinde; “(...) yolların iki tarafındaki belediyenin istimplaki haklarının tamamen şirkete devri” gibi özel hukuku aşan şartlara işaret eden sözleşme hükümlerine ve yine umumi şartnamede; idareye “*tek taraflı olarak taahhüt bedelinin %20’si dâhilinde değişiklikler yapmak*”, “*müteahhide yeni bir takım mevzular tahmil etmek*” gibi idareyi üstün kılan ayrıcalıklar tanınmasına rağmen, sözleşmenin özel hukuka tabi olduğunu kabul etmiş ve sözleşmenin amme hukuku hükümlerine bağlı olduğunun “*müteahhidin şahsen amme hizmetinin işlemesine iştirakı, işin zaruri olarak amme hizmetine mülhak bulunması*” gibi hususlardan anlaşılacağını söyleyerek sözleşmeyi idari sözleşme olarak kabul etmemiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi de 1968 tarihli kararında Diyarbakır Hava Meydanı içindeki yolların asfalt kaplaması işi için Türkiye’de yapılacak inşa ve tesis işlerini üstlenecek kişi ile idare arasındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıkta, sözleşmeyi idari sözleşme olarak kabul etmemiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi; sözleşmenin; “*inşaat ve tesisata sarf, istihlak (...) edilen malzemenin vergi ve resimleri hakkında 6095 sayılı Kanun ve 4/1310 sayılı Kararname hükümlerine göre müteahhit tarafından ödenmiş her türlü vergi ve resimlerin idare tarafından geri ödeneceği* hükmüne rağmen davacının vergi bağışıklığından yararlandırılmamasından doğan davada, idare ile davacı arasında yapılmış sözleşmeyi bir istisna akdi olarak nitelemiş ve sözleşmede özel hukuk kişisine

¹¹³ U.M; E.1953/2. K.1953/6, K.T: 26.02.1953. Bkz. 08.04.1953 tarih ve 8330 sayılı R.G.

¹¹⁴ Bilgen, 96, 103.

vergi bağışıklığı tanınmasını sözleşmeyi idari sözleşme saymak için yeterli bulmamıştır¹¹⁵.

Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin gördükleri sözleşmeleri idari sözleşme olarak niteleyerek idari sözleşme kavramını bu tür sözleşmelere hasretmiş olmaları öğretide eleştirilere sebep olmuştur¹¹⁶.

1.5.2.2. Sözleşmenin Özel Hukuku Aşan Hüküm ve Şartlar İçermesi:

Sözleşmenin özel hukuku aşan hüküm ve şartlar içermesi; sözleşmeye taraf olan kamu tüzel kişinin üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatılmasının sözleşmenin taraflarınca kabul edilmiş olması demektir¹¹⁷. Bu üstün ve ayrıcalıklı yetkiler; özel hukuk sözleşmelerinde bulunması mümkün olmayan aksi halde sözleşmeyi hukuka aykırı kılan kayıtlar olabileceği gibi, bulunması sözleşmeyi hukuka aykırı kılmayan ancak eşitlik ilkesi gereği özel hukuk sözleşmelerinde bulunması beklenmeyen kayıtlar da olabilir¹¹⁸. Örneğin; sözleşme konusu borcun ifa edilmemesi halinde cebren icra edileceğine yahut karşı tarafa bazı vergi kolaylıkları tanınacağına ilişkin kayıtlar özel hukuk sözleşmelerinde bulunması mümkün olmayan kayıtlardır. Bunun gibi özel hukuk kişisi lehine kamulaştırma yapma veya özel mülkiyette bulunan bir taşınmazı geçici olarak işgal etme imkânı veren kayıtlar¹¹⁹ da özel hukuk sözleşmelerinde bulunması mümkün olmayan kayıtlardır. İdareye sözleşmecî taraf üzerinde tek taraflı yaptırım uygulama imkânı veren yahut sözleşmede tek yanlı fesih veya tek yanlı değişiklik yapma imkânı veren kayıtlar ise özel hukuk sözleşmelerinde bulunması beklenmeyen kayıtlardır¹²⁰.

Bu kriter ilk kez Fransız Danıştay'ın kamu hizmeti kriterine ilişkin vermiş olduğu 1910 tarihli karardan çok kısa bir süre sonra 1912 tarihli “Granits des Vosges” Kararı¹²¹ ile ortaya konulmuştur. Karara konu olayda, Lille Belediyesi ile Vosges şirketi arasında kaldırım taşı alınmasına yönelik bir sözleşme imzalanmıştır. Sözleşmeden

¹¹⁵ U.M; E.1968/74, K.1968/462, K.T: 02.11.1968. Bkz. 01.04.1969 tarih ve 13163 sayılı R.G. Özkol, 117.

¹¹⁶ Bu tartışmalara bir sonraki başlıkta yer verilecektir.

¹¹⁷ Gözler, II, 28.

¹¹⁸ Gözler, II, 30.

¹¹⁹ Günday, *İdare Hukuku*, 186.

¹²⁰ Duran, *İdare Hukuku Dersleri*, 432.

¹²¹ Conseil d'État, 31 Temmuz 1912, “Société des granits porphyroïdes des Vosges”, *RDCE*, 1912, 909'dan naklen Gözler, II, 29.

doğan uyuşmazlık Fransız Danıştayı'nın önüne gelince Danıştay; bu sözleşmenin özel hukuk sözleşmelerinden farklı şekilde yapılmadığını söylemiştir. Karar, idarenin taraf olduğu sözleşmeler özel hukuk sözleşmelerinden farklı değillerse yani özel hukuku aşan kayıtlar içermiyorlarsa idari sözleşme sayılmazlar şeklinde anlaşılmış, böylece yeni bir kriter doğmuştur¹²². Durum böyle olmakla birlikte Fransa'da sınai ve ticari nitelikli kamu hizmetlerinden kullanıcıların yararlanmalarını sağlayan sözleşmeler¹²³ ile bu hizmetlerde istihdam edilen personelle idare arasındaki sözleşmeler özel hukuku aşan şartlar içermelerine karşın özel hukuk sözleşmesi sayılmaktadır¹²⁴.

Fransız Danıştayı 1973 tarihli bir kararında¹²⁵ ise “özel hukuku aşan rejim” kavramını kullanmış ve özel hukuku aşan rejime tabi olan sözleşmeleri de idari sözleşme olarak nitelemiştir. Karara konu olayda; Fransız Elektrik İdaresi'nin bir kararname ile özel bir elektrik üreticisinden elektrik satın almak üzere sözleşme yapması zorunlu kılınmış ve bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların, ilgili bakan tarafından çözümleneceği belirtilmiştir. Elektrik idaresinin sözleşme yapmayı reddetmesi üzerine açılan davada Fransız Danıştayı, bu sözleşmelerin idari sözleşme olduğuna karar vermiştir. Kararda, ne yürütülecek bir kamu hizmetinin ne de sözleşmede tarafların idareyi üstün kılmalarının söz konusu olmadığı, sözleşme dışındaki düzenleyici bir işlemle getirilen özel hükümlerin sözleşmeyi idari kıldığı yorumunda bulunulmuştur. Sözleşme dışındaki düzenlemeler, sözleşmeyi özel hukuktan farklı bir rejime bağlamıştır¹²⁶.

Fransız yargı içtihatları ile “özel hukuku aşan kayıt ve şartlar” ve “kamu hizmetinin yürütülüşüne ilişkin olmak” şeklinde ortaya çıkan kriterler alternatiftir¹²⁷. Bunlardan birinin varlığı organik kriterin de varlığı ile sözleşmeyi idari kılmaktadır.

¹²² Gözler, II, 29.

¹²³ Fransız Danıştayı'nın 1961 tarihli Campanon-Rey kararından sonra sınai ve ticari kamu hizmetlerinin kullanıcıları ile yapılan sözleşmeler içerdikleri hükümlerden bağımsız olarak mutlak şekilde özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmiştir. Flogaitis'den aktaran Tekinsoy, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, *A.Ü.H.F.D.*, 55 (1-2), 2006, 218.

¹²⁴ Gözler, II, 31.

¹²⁵ Conseil d'État, 19 Ocak 1973, “Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant”, *RDCE*, 1973, 48'den naklen Gözler, II, 32.

¹²⁶ Burada sözleşme dışındaki düzenleyici hükümler ile sözleşme için zorunlu bir çerçeve oluşturulması ve uyuşmazlıkları çözme yetkisinin bakana verilmesi sözleşmeyi özel hukuku aşan bir rejime bağlamıştır. Akyılmaz ve diğerleri, 483.

¹²⁷ Gözler, II, 33.

Türk hukuk sisteminde ise Fransa'dakinin aksine, içinde özel hukuku aşan şartlar bulunan bir sözleşme sırf bu sebeple idari sayılmamaktadır¹²⁸. Sözleşmede özel hukuku aşan kayıt ve şartların varlığı, sözleşme kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin değilse anlam ifade etmemektedir. Türk yargı içtihatlarında doğrudan kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olmasa da kamu hizmeti ile sıkı bir bağ içinde olan bayındırlık (nafia) sözleşmeleri de kamu hizmetinin yürütülmesinde kullanılacak mal ve hizmeti temin amacıyla yapılan sözleşmeler de idari sözleşme sayılmamışlardır¹²⁹. Yine kamu hizmetinin yürütülmesi olmayan ancak kamu hizmeti ile sıkı bir bağ içinde olan ve özel hukuk kişinin kamu hizmetinden yararlanmasını konu edinen abonman sözleşmeleri de idari sözleşme değildir¹³⁰. Özetle Türk yargı içtihatları ile idari sözleşme kuramı, kamu hizmetinin özel kesim tarafından yürütülmesi ile alakalı sözleşmeler etrafında ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri tipleştirilerek şekillenmiştir¹³¹.

Öğretide, kamu tüzel kişisi ile özel hukuk kişisi arasında bedeli mukabilinde yol, köprü, baraj, bina inşaatı gibi bir bayındırlık eserinin yapılması için imzalanacak bayındırlık sözleşmelerinin idari sözleşme sayılmaması eleştirilere sebep olmuştur. Bu bakımdan Onar, kamu hizmeti ile doğrudan ilişki içinde olan bayındırlık sözleşmelerinin konusunun zaten idari fiil ve ameliyeleri ihtiva etmesi sebebiyle idari sözleşme sayılması gerektiğini savunmuştur¹³². Duran, bu sözleşmelerin idari sözleşme sayılmayışının idari sözleşme kavramının yargı makamlarınca dar yorumlanışından kaynaklandığını söylemektedir¹³³. Benzer biçimde Gözler, sözleşmenin konusunun yani bir bayındırlık eseri meydana getirmenin kendisinin kamu hizmetinin yerine getirilmesi

¹²⁸ Gözler, II. 46-48.

¹²⁹ Bilgen, 96, 102-104. Ayrıca bkz. Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku I*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, 468. Gözler, II, 87-88.

¹³⁰ Yayla 165. Gözübüyük ve Tan, 478.

¹³¹ Bilgen, 75. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 340.

¹³² Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, III, 1610.

¹³³ Duran, *İdare Hukuku Dersleri*, 429.

Balta, sözleşmenin idari sözleşme olarak ayırt edilişinde hareket noktasını, sözleşme konusu ilişkisinin idare hukukuna bağlı tutulması ihtiyacı olarak açıklamaktadır. Bkz. Balta, 190. Bezer şekilde Günday; sözleşmenin idari niteliğinin, sözleşmenin konusunun idareye özgü bir düzenlenişe ihtiyaç gösterip göstermemesine göre belirlenebileceğini söylemektedir. Bu açıdan kamu hizmetinin yürütülmesi ve özel hukuku aşan şartlar kriterlerini de reddetmeyen Günday, bunları aslında idareye özgü bir düzenlenişe ortaya koymak bakımından önemli bulmaktadır. Bkz. Günday, *İdare Hukuku*, 186.

olduğunu ve bu sözleşmelerde özel hukuku aşan şartların da bulunduğunu vurgulamaktadır¹³⁴.

Yine Gözler'e göre; kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin olma ve özel hukuku aşan şartlar kriterlerinin Fransa'da olduğu gibi Türk hukukunda da alternatif olması gerekir¹³⁵.

Türk Hukuku'nda idari sözleşmeler yalnız kamu hizmetlerinin yürütülmesini konu alan sözleşmeler değildir. Maden işletme sözleşmeleri, orman işletme sözleşmeleri ve kamu istikraz sözleşmeleri adı verilen sözleşmeler de idari sözleşme sayılmaktadır. Bu sözleşmelerin maddi kriterlere göre idari sözleşme olarak kabul edilmiş olduğu söylenemez¹³⁶. Zira maden işletme sözleşmeleri, belli bir kamu hizmetinin özel hukuk kişisi tarafından yürütülmesini içermemekte, özel hukuk kişisine devlete ödeyeceği belli bir resim karşılığında bir madeni kendi yararına işletme hakkı vermektedir¹³⁷. Buna karşın Türk İdare Hukuku'nda maden işletme hakkı, maden işletme imtiyazı denilen idari sözleşme ile özel hukuk kişisine verilmiştir¹³⁸. O halde bu sözleşmelerin idari niteliğinin kaynağı nedir? Bu sözleşmelerin idari sözleşme sayılmaları bu alanın kamu hukuku kurallarına tabi kılınmış olmasındandır. Nitekim 1924 Anayasası'ndan da önce yürürlükte olan "Maadin Nizamnamesi" ile madenler idare hukuku ilke ve kurallarına tabi kılınmıştır¹³⁹. Bundan sonra, Anayasa'da Tabii Servet ve kaynaklarla ilgili devlete denetim ve gözetim görevi yüklenmiştir. Bu sebeple maden işletme sözleşmelerinin Anayasa ile kamu hukuku kurallarına bağlı kılınmış olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁰.

¹³⁴ Gözler, II, 87. Fransa'da idari sözleşme sayılan bu sözleşmeler Türkiye'de de idari sözleşme sayılmalıdır. Gözler, 89. Aynı yönde Zabunoğlu, I, 468. Yayla ise; "(...) bir binanın, köprüünün yahut havalimanının yapılması başka, bu yerlerin bir kamu hizmeti olarak işletilmesi, bu yerlerde idarenin ulaşım, haberleşme gibi işleri yapması başkadır. Birinci ayrımındaki sözleşmeler idarenin şartnameyi tek taraflı olarak tespitten doğan yetkileri bir kenara bırakılırsa, özel hukuka tabi, tarafların esas itibariyle eşit sayıldığı işlerdir" ifadeleriyle aksi görüştedir. Bkz. Yayla, 165.

¹³⁵ Gözler, II, 46-49.

¹³⁶ Balta, 188-191. Günday, *İdare Hukuku*, 185.

¹³⁷ Azrak, "Türkiye'de Madenlerin Hukukî Rejimi Üzerine Düşünceler", *İ.H.İ.D.*, 1 (2), Ağustos 1980, 5. Günday, *İdare Hukuku*, 185, 191. Giritli ve diğerleri, 1341.

¹³⁸ Kemal Galip Balkar, "Maden İmtiyaz Mukavele ve Şartnamelerinin Hukukî Mahiyeti", *A.Ü.S.B.F.D.*, 1 (4), 1946, 686-694.

¹³⁹ Bilgen, 16.

¹⁴⁰ Günday, *İdare Hukuku*, 186.

Anayasa'nın "Tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi" başlıklı 168. maddesine göre; "Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve

Maden işletme sözleşmeleri, 1954 tarih ve 6309 sayılı Maden Kanunu ile idari sözleşme olarak hükme bağlanmıştır¹⁴¹.

Orman işletme sözleşmeleri için de durum benzerdir. Bu sözleşmelerde de bir kamu hizmetinin özel hukuk kişisi tarafından yürütüldüğünden bahsedilemez¹⁴². Ancak 1982 Anayasası ile orman işletme sözleşmesi yapma imkânı ortadan kaldırılana değin bu sözleşmeler de idari sözleşme sayılmışlardır¹⁴³. Zira ormanlar da devletin denetim ve gözetimi altındadır ve özel hukuk sözleşmelerinden farklı bir düzenlenişe ihtiyaç göstermektedir¹⁴⁴. Konu ile ilgili prensip, Zından ve Çangal Ormanlarının işletilmesine ilişkin sözleşmenin idarece feshedilmesi üzerine çıkan uyuşmazlıkta konu Uyuşmazlık Mahkemesinin önüne gelince konulmuştur¹⁴⁵. Mahkeme bu kararda, her ne kadar orman işletmesini kamu hizmeti olarak tanımlamışsa da, orman rejimine ilişkin düzenlemeleri de inceleyerek sözleşmenin bir kamu hukuku ilişkisine tabi olduğunu tespit etmiştir¹⁴⁶.

Kamu istikraz sözleşmelerinin idari niteliği ile ilgili ise şunlar söylenebilir. Kamu istikraz sözleşmelerinde de bir kamu hizmetinin yürütülmesi işi özel hukuk kişisine verilmemektedir¹⁴⁷. Ancak, yasa ile idareye borçlanma koşullarını belirleme, tek yanlı değişiklik yapma, faiz hadlerini düşürme, borcun vadesini erteleme gibi üstün ve ayrıcalıklı yetkiler tanınarak özel hukuk kişisinden borç para almayı sağlayan sözleşme ilişkisi kurma yetkisi verilmektedir¹⁴⁸. Anlaşılabacağı üzere bu sözleşmede idare üstün ve ayrıcalıklı yetkilere sözleşme dışı bir düzenleme ile sahip olmaktadır. Kamu istikraz

tüzelkişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir.”

¹⁴¹ 6309 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 1985 tarihli 3213 sayılı Maden Kanunu madenlerin işletilmesinin sözleşme ile değil tek yanlı işlem olan “ruhsat”la sağlanmasını öngörmüştür. Bu sebeple artık maden işletme sözleşmesi yapılamayacaktır. Ancak 3213 sayılı Kanun, yürürlüğe girdiği tarihte geçerli bulunan bu sözleşmelerin de varlığını sürdüreceğini hükme bağlamıştır.

¹⁴² Günday, *İdare Hukuku*, 186.

¹⁴³ Gözübüyük ve Tan, 492.

Anayasa’nın “Ormanların korunması ve geliştirilmesi” başlıklı 169. maddesinin bir ve ikinci fıkrasına göre; “Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır. Yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirilir, bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz. Bütün ormanların gözetimi Devlete aittir.”

“Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz.”

¹⁴⁴ Balta, 188-192.

¹⁴⁵ U.M; E.1946/2, K.1946/2, K.T: 03.01.1946. Bkz. 28.02.1946 tarih ve 6244 sayılı R.G.

¹⁴⁶ Tekinsoy, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, 216.

¹⁴⁷ Gözler, II, 48. Sedat Çal, “Kamu Borçlanma Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine”, 70. Erişim Tarihi: 10.09.2015. <http://www.idare.gen.tr/cal-borclanma.pdf>.

¹⁴⁸ Günday, *İdare Hukuku*, 188. Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk’e göre; idare ile senetleri alan özel hukuk kişisi arasında “sözleşme benzeri bir ilişki” kurulmaktadır. Bkz. Giritli ve diğerleri, 1340.

sözleşmelerinin idari niteliği, kanunda açıkça yazmasa bile bizatihi borçlanmanın kamu hukuku kurallarına bağlanmış olmasından gelmektedir¹⁴⁹. Bu noktada kamu istikraz sözleşmelerinin özel hukuk aşan bir rejime bağlandığı söylenebilir. Ancak Türk hukuk öğretisi ve yargı kararlarında özel hukuku aşan rejim kavramı kullanılmamıştır. Bunun yerine kamu istikraz sözleşmelerinin de, önemi itibariyle idareye özgü bir düzenlenişe ihtiyaç gösterdiği ve bu sebeple yasa ile açıkça belirtilmemiş olsa da kamu hukuku kurallarına bağlandığı söylenebilir¹⁵⁰. Kamu istikraz sözleşmelerinin kamu hukuku kurallarına bağlı kılınmasını gerektiren önemin ise “kamunun korunma gereksinimi”¹⁵¹ olduğu ifade edilmektedir.

Özetle, kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin olmayan bu sözleşmelerin yargı makamlarınca da idari sözleşme olarak kabul edilmesi; konusunun devletin gözetimi altındaki milli servetlere ilişkin olması¹⁵², kamunun korunma gereksinimi¹⁵³, faaliyet alanının kamu hukuk kurallarına bağlı kılınması¹⁵⁴ gibi sebeplerle sözleşme konularının idari alanda kabul edilmesindendir.

Öğretide ve yargı camiasında uzun zaman tartışma konusu olmuş olan; neyin idari, neyin idari olmadığı ve neyin idari yargı alanı dışına çıkarılıp neyin çıkarılamayacağı hususunda hala fikir birliği yoktur¹⁵⁵. İçtihatla gelişen sözleşme kriterlerinde, idari sözleşmeye karakterini, sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması vermektedir. Ancak kamu hizmetlerinin görülme biçiminde zaman içinde yaşanan fikri dönüşüm, yasal düzenlemelere de yansımış ve içtihatla uyumsuz yasal düzenlemelere yol açmıştır. Yargı makamlarının içtihatla gelişen kriterler konusundaki

¹⁴⁹ Onar, Kamu istikraz sözleşmelerinin karakteri itibariyle idari sözleşme olduğunu söylemektedir. Bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, III, 1612, Aynı yönde Balta, 192.

¹⁵⁰ Ayhan, 113.

Danıştay; Kamu istikraz sözleşmelerinin kamu hukuk kuralları ile oluşan borçlanmalar olmaları sebebiyle borçlar hukukuna ilişkin genel hükümlere tabi olamayacağını söylemiştir. Bkz. Danıştay D.D.G.K.; E.1938/375, K.1944/54, K.T: 11.04.1944. Bkz. *Danıştay Kararları Dergisi*, s:27, 39.

¹⁵¹ Çal’a göre; “(...) kamu borçlanma sözleşmelerinin eski dönemlerden beri idari sözleşme sayılmış olması, konunun ülkenin bekasıyla yakın ilişkisi dolayısıyladır.”

“(...) kamu adına borçlanmaların gelecek kuşaklar adına mali yükümlülükler getirmesi veya hesapsız kamu borçlanmalarının devletin siyasal bağımsızlığı ve ülkenin geleceğiyle yakın ilgisinin bulunduğu da açıktır. Nitekim, kanımızca bu yöndeki acı deneyimler bağlamında değinmek gerekirse, Osmanlı devletinin özellikle son dönemlerinde kamu borçlanmalarının ne türden facialara neden olabildiğine kısa bir tarihsel bakış, yeterince ders alınmaya elverişlidir.” Çal, “Kamu Borçlanma Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine”, 90-91.

¹⁵² Günday, *İdare Hukuku*, 186.

¹⁵³ Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, 511. Çal, “Kamu Borçlanma Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine”, 69.

¹⁵⁴ Cihan Kanlıgöz “Kamu Borçlanma (İstikraz) Sözleşmeleri”, *A.Ü.S.B.F.D.*, 52 (1), 1997, 339.

¹⁵⁵ Bu konudaki tartışmalar için bkz. s.12 (60 numaralı dipnot) ve s.16-17.

direncinin Yasama'nın karşı direnciyle karşılaşması sebebiyle bugün kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin sözleşmelere idari sözleşme denilememektedir. Bu sebeple kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin sözleşmelerin tabi olacağı hukuki rejim her bir sözleşme ve bu sözleşme alanına ilişkin yasal düzenlemeler ayrıca ele alınarak belirlenebilecektir. İctihadî kriterlerin sözleşmeleri ayırmada yetersiz kaldığı bir gerçektir¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Tekinsoy, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu", 184. İdari sözleşme kuramına ilişkin kriterlerin sözleşmelerin hukuki niteliğini saptamada yetersiz olmasını, sözleşmenin niteliğini tespit ederken başvurulması gereken asıl kriterin görmezden gelinmesine bağlayan Çal; bu kriteri "kamunun korunma gereksinimi" olarak ortaya koymaktadır. Bkz. Çal, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi", *G.Ü.H.F.D.*, 14 (1), 2010, 253.

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU HİZMETLERİNİN YÜRÜTÜLMESİNE İLİŞKİN SÖZLEŞMELER

2.1. KAMU HİZMETLERİNİN YÜRÜTÜLMESİNDE KLASİK SÖZLEŞME TİPLERİ

2.1.2. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi

2.1.2.1. Tarihsel Arka Plan

Türk hukukunda imtiyaz uygulamasına ilişkin ilk örneklerle Osmanlı Devleti'nde XIX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren rastlanır¹⁵⁷.

Osmanlı klasik döneminde modern anlamıyla kamu hizmeti kavramından söz etmek mümkün değildir. Onar'ın ifadesiyle; *“Osmanlı İmparatorluğu'nun idari teşkilatında amme hizmetleri mefhumu yer bulamamıştır. Bu teşkilat daha ziyade askeri esaslara müstenittir. (...) Devlet vazifeleri amme hizmetlerinden ziyade harîci siyasetin görülmesinden ve askeri hususlardan bir de asayiş ve inzibatın imkân nispetinde temininden (...) ibarettir. İçtimaî yardım işlerinin hatta nafia işlerinin hususi teşebbüslere ve bilhassa vakıflara bırakıldığı, bazı işlerin ise avarız[ı] vergileri ile temin edildiği görülür”*¹⁵⁸. Toplumsal ihtiyaçları karşılayacak faaliyetler vakıflar aracılığı ile yerine getirilirken, devlet adalet ve düzeni sağlama hizmeti dışında doğrudan toplumsal ihtiyaçları karşılayacak faaliyetler yürütmemektedir¹⁵⁹.

Osmanlı Devleti'nde 1800'lü yıllar devletin faaliyet sahasını genişlettiği, vakıflar tarafından görülen pek çok hizmetin devlet tarafından üstlenildiği ve yenileşme

¹⁵⁷ Günday, *İdare Hukuku*, 188, Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 322.

¹⁵⁸ Onar, “Türk İdare Hukukunun Tekâmül Safhaları ve Bugünkü Esasları, *“Hukuk İlmini Yayma Kurumu-Konferanslar Serisi: 3”*, Ankara 1936, 7-8.

¹⁵⁹ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 109.

Özay da Osmanlı Devleti'nde vakıflar aracılığı ile kamu hizmetlerinin sunulmasını *“Başta padişahlar ve hanedan olmak üzere, en yüksek görevlerde bulunanlardan en mütevazı alanlarda çalışanlara kadar herkesin kurduğu okul, hastane, kervansaray, giderek hasta leylekleri tedavi etme amacıyla kurulmuş hemen hemen her konudaki vakıf bu hizmetleri herkese sunmuştur. Uzun lafın kısıası, Osmanlı vakıfları, dinsel birer kuruluş değil, fakat güncel anlamıyla birer kamu hizmeti örgütü olmuştur.”* şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Özay, “Türkiye'deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yaşa” Ya Da “A Tes Amour””, *İ.Ü.H.F.M.*, 56 (1-4), 1998, 294. Ayrıca bkz. Gülan, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, *İÜHFM*, 56 (1-4), 1998, 97.

hareketlerinin yaşandığı dönemdir¹⁶⁰. Bu dönemde, Avrupa başkentlerinde kurulan elçiliklerin de etkisiyle Avrupa'daki gelişmelerin yakından izlendiği ve kamu hizmeti kavramının yerleşmeye başladığı görülür. Osmanlı Devleti'nde imtiyaz uygulaması da bu yenileşme hareketleri izlenerek değerlendirilmelidir¹⁶¹.

Osmanlı Devleti'nde imtiyaz usulü, Tanzimat modernleşme hareketi ile Devlet'in toplumsal ihtiyaçları tatmin için kamu hizmeti olarak gördüğü ve fakat mali ve teknik açıdan yetersiz kaldığı elektrik, su, telefon, havagazı, demiryolu, liman, rıhtım işletmeciliği gibi pek çok hizmet için uygulanmış, bu hizmetlerin kurulması ve işletilmesi işi imtiyaz yöntemi ile yabancı yatırımcıya devredilmiştir¹⁶². Yabancı yatırımcıya imtiyaz verilme sebebini Guldberg; *"...geri kalmış bir ülkenin, ekonomik şartlarını geliştirmek istemesi; ancak sermaye, nitelikli işgücü ve teknik yönetim açılarından eksik olması, devreye ekonomik olarak gelişmiş bir ülkenin girerek; geri kalmış ülkenin sahip olduğu, fakat kullanamadığı hammaddelere ihtiyaç duyması veya var olan işgücü ile sermaye fazlasını değerlendirebileceği demiryolu yapımı gibi çeşitli faaliyetlerde bulunmak istemesi..."* şeklinde açıklamaktadır¹⁶³. Gerçekten de XIX. yüzyıl, Avrupa'nın siyasi ve ekonomik açıdan hâkimiyeti tam anlamıyla ele geçirdiği, sanayileşmesini tamamladığı, Osmanlı Devletinin ise kaybedilen savaşlar sebebiyle, önce iç borçlanmaya, bunun yetersiz kalması üzerine 1854-1875 döneminde de dış borçlanmaya gittiği, sanayileşemediği, yüzyıllara dayanan kapitülasyon¹⁶⁴ geçmişi ile de XIX. yüzyıl Batı teknolojisi ve altyapısına muhtaç kaldığı bir dönem olmuştur¹⁶⁵. Bu

¹⁶⁰ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 113. Kamu hizmetlerine ilişkin bu gelişmenin, III. Selim Dönemi'nden II. Meşrutiyete kadar kronolojik takibi için bkz. Kıratlı, 3-4.

¹⁶¹ Seda Örsten Esirgen, "II. Meşrutiyet Meclis Tutanaklarına Göre "Menafii Umumiyyeye Mütteallik İmtiyazat Hakkında Kanun"un Kabulü", *A.Ü.H.F.D.*, 60 (4) , Ankara 2011, 937.

¹⁶² Günday, *İdare Hukuku*, 188.

¹⁶³ Tatiana Guldberg; "International Concessions, A Problem of International Economic Law", *Nordisk Tidsskrift International Ret.*, 1944, Vol.XV, 51'den naklen Esirgen, *Osmanlı Devleti'nde Yabancılar Verilen Kamu Hizmeti İmtiyazları*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2010, 37.

¹⁶⁴ Kapitülasyon ve imtiyaz usulünün eş kavramlar gibi kullanılması yanlıştır. *Kapitülasyon*; "Avrupalı devletlerin kendi ülkeleri dışında sürekli ya da geçici olarak bulunan yurttaşlarının, ülkesinde bulundukları devletin yetkilerine değil de, kendi devletlerinin yetkilerine tabi olmak biçiminde elde ettikleri ayrıcalıklarla, ticaret ve gümrük konularında elde ettikleri kolaylıklar ve ayrıcalıklar düzeni" şeklinde tanımlanabilir. Bkz. Aybars Pamir, "Kapitülasyon Kavramı ve Osmanlı Devleti'ne Etkileri", *A.Ü.H.F.D.*, 51 (2), Ankara 2002, 80.

¹⁶⁵ Tan, "Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları", *A.Ü.S.B.F.D.*, 22 (2), 1967, 293. Gülan, "Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi", 97-98.

Sanayileşmesini tamamlamış ve kendisi dışında yeni yatırım alanı arayan Avrupa için yol, liman, tramvay vb. ulaşım ve su, elektrik, gaz gibi kamu hizmetleri alanında yatırıma ihtiyacı sonsuz olan Osmanlı Devleti çok avantajlı bir yatırım alanı olmuştur. Yabancı sermaye imtiyaz olarak rekabet

durum, söz konusu dönemde Osmanlı Devleti'nde yapılan birçok yeniliği açıkladığı gibi, imtiyaz usulünün Osmanlı Devleti'nde uygulanmaya başlanmasının da nedenlerindendir¹⁶⁶.

Devlet, başlangıçta imtiyaz sahiplerinin elde ettiği gelirlerden pay almış ise de imtiyaz sözleşmelerine ilişkin yasal bir düzenleme olmamasının da yarattığı kolaylık ile yabancı yatırımcı kendisi lehine, Devlet aleyhine pek çok hükmü sözleşme metnine sokabilmiştir¹⁶⁷. Bunda kapitülasyonlar kadar 1881 yılında kurulan Duyun-u Umumiye İdaresi'nin de etkisi büyüktür. Avrupa Devletleri, Osmanlı Devleti üzerinde mali denetimini Duyun-u Umumiye ile sağlamış ve borçlarının garantisi olarak yabancı sermayenin gittikçe daha çok alanda imtiyaz olarak yerleşmesine aracılık etmişlerdir. İmtiyazlı şirketlerin pek çoğunun yönetiminde söz sahibi olan kişilerin aynı zamanda Duyun-u Umumiye idaresinde de görevli olmaları aralarındaki sıkı ilişkiyi ortaya koymaktadır¹⁶⁸. Görüleceği gibi Osmanlı Devleti'nde imtiyaz usulü, ülkenin iç ve dış, siyasal ve ekonomik bütün dinamiklerinin eş zamanlı olarak birleşmesiyle ortaya çıkmıştır¹⁶⁹.

İmtiyaz usulü ilk kez 10 Haziran 1910 tarihinde (1326) “Menafii Umumiyyeye Muteallik İmtiyazat Hakkında Kanun¹⁷⁰” ile düzenlenerek, imtiyaz sözleşmelerinin imzalanması bir yonteme bağlanmıştır. Kanun'un, öncesindeki imtiyaz uygulamalarına bir tepki olarak ortaya çıkmış olduğu söylenebilir¹⁷¹. Zira 1326 tarihli Kanun ve sonrasında 1924 Anayasası; kamu hizmeti imtiyazlarının Danıştay'ın görüşü alınarak Bakanlar Kurulu kararı ve TBMM'nin onayı ile ve ancak Türk Anonim Şirketi statüsündeki tüzel kişilere verilmesini öngörmüştür. Bu anlamda Türk Hukuku'nda

koşullarından uzak çalışabildiği gibi hizmetin kurulması için gerekli olan malzemeyi de gümrük harcamaları gerekmeden ülkesinden rahatça getirebilmiştir. Bkz. Tan “Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, 293.

¹⁶⁶ Esirgen, *Osmanlı Devleti'nde Yabancılar Verilen Kamu Hizmeti İmtiyazları*, 36.

¹⁶⁷ “Osmanlı hükümetlerinin imtiyaz sahibi yabancı şirketlere karşı tutumu son derece yumuşaktır. Örneğin şirket taahhüdünü belli bir süre içinde yerine getirmezse yapılmış olanları müsadere etme hakkı olduğu halde hükümetler bu haklarını kullanmamışlar üstelik ek süreler tanımak yoluna gitmişler, (...) yeniden tahvil çıkarmalarına izin vermişlerdir”. Bkz. Tan, “Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, 294.

¹⁶⁸ Tan, “Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, 285.

¹⁶⁹ Esirgen, *Osmanlı Devleti'nde Yabancılar Verilen Kamu Hizmeti İmtiyazları* 50.

¹⁷⁰ Bkz. 24.06.1910 (1326) tarih ve 576 sayılı Takvim-i Vekayi. Kanun'un Türkçe metni için bkz. <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/0.1.6.pdf>. Erişim Tarihi: 03.08.2015.

¹⁷¹ Zabunoğlu, *İdare Hukuku I*, 471-472. Günday, *İdare Hukuku*, 188.

imtiyaz usulü ile kamu hizmetlerinin görülmesi baştan itibaren Anayasa ile belli bir hukuki rejime bağlanmıştır.

Cumhuriyetin ilk yıllarından itibaren imtiyaz sözleşmelerinin yenilerinin imzalanmasından uzak durulduğu gibi, başta demiryolları olmak üzere yabancı sermayeli işletmeler millileştirilmiş¹⁷², mevcut yabancı imtiyazlar satın alma (rachat) yoluyla kaldırılmış, imtiyaz sahiplerinin yürüttükleri hizmetler kamu kurumlarına devredilmiştir¹⁷³. 1950 sonrasında, dönemin ekonomi politikası gereği imtiyaz usulüne yine başvurulmuş olduğu görülse de usul, eski önemini kaybetmiştir¹⁷⁴. 1980’li yıllarda ise imtiyaz uygulamalarının tekrar önem kazandığı görülür. Hatta imtiyaz usulü, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesinin tek yolu olan hukuki bir rejim olarak görülmüştür.

2.1.2.2. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi Kavramı

Kamu hizmetlerinin ilgili idare ile bir özel hukuk kişisi arasında imzalanan sözleşme ile bu özel hukuk kişisi tarafından görülmesine ilişkin usul¹⁷⁵ olarak kısaca tanımlanabilecek imtiyaz sözleşmesi kimi yazarlar tarafından idarenin tek yanlı olmayan işlemlerinin yegâne tipi olarak görülmektedir¹⁷⁶. Onar’a göre kamu hizmeti imtiyazı bir kamu hizmetinin her tür hasarı ve masrafı özel kişiye ait olmak üzere idare tarafından konulacak şartlar, sağlanacak yetki ve menfaatler karşılığında özel hukuk kişisi tarafından ifasını ifade etmektedir¹⁷⁷. Derbil, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini, kâr ve zarar ihtimalinin idare ile sözleşme imzalayan özel hukuk kişisinde kaldığı, konusu kamu hizmetinin özel hukuk kişisi tarafından yürütülmesi olan

¹⁷² Azrak, “Millileştirme ve Kamu Hizmeti”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 36 (1-4), 1970, 70.

Azrak, *Millileştirme ve İdare Hukuku*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, 205-207. Gülan, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, 98. Günday, *İdare Hukuku*, 189. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 118.

¹⁷³ Günday, *İdare Hukuku*, 189. Meriç, 74; “Bu imtiyazlar ancak Cumhuriyet’in kuruluşundan sonra bir taraftan imtiyaz konusu bu hizmetlerin devletçe görülmesinde kamu yararı bulunduğu, diğer taraftan da yabancı girişimcilerin sömürülerine son vermek gerektiği düşüncesi ile tasfiye edilmiştir”.

¹⁷⁴ Gözübüyük, ve Tan, 620.

1953 yılında enerji üretimi, nakli ve satışına ilişkin Çukurova Elektrik A.Ş. ile 1956 yılında ise aynı konuda Türk Elektrik A.Ş. ile imtiyaz sözleşmeleri yapılmıştır. Her iki imtiyaz sözleşmesi de 2003 yılında Bakanlar Kurulu kararı ile feshedilmiştir. Bkz. Gözler, II, 417.

¹⁷⁵ Özay, *Günışığında Yönetim*, 250.

¹⁷⁶ Bkz. Duran, *İdare Hukuku Dersleri*, 324. Yayla, 122-125.

¹⁷⁷ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, I, 536.

sözleşmeler olarak ifade etmektedir¹⁷⁸. Duran ise, idarenin bir özel kişi ile yaptığı sözleşme ile bir kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini (yürütülmesi) belli bir süre ile özel hukuk kişisine bırakan ve özel kişinin karşılığında hizmetten yararlananlardan ücret veya bedel aldığı, masraf, kâr ve hasarı da üstlendiği sözleşme olarak tanımlamaktadır¹⁷⁹. Benzer biçimde Gözübüyük ve Tan; kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesini özel hukuk kişisine veren ve imtiyazı alan kişinin hizmetin risk ve tehlikelerini üstlendiği sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi olarak adlandırmaktadır. İmtiyaz sahibi özel kişi, idarenin denetim ve gözetimi altında hizmeti yürütecek ve hizmetten yararlananlardan alacağı bedel ile finansman sağlayacaktır¹⁸⁰.

İmtiyaz sözleşmelerine dair klasik tanımlarda özel hukuk kişinin kamu hizmetini kurması ve/veya işletmesinden bahsedilse de Türk hukuk sistemi bakımından belli bir kamu hizmetini yalnızca kurma işinin sözleşme ile özel hukuk kişisine verilmesi imtiyaz sayılmamaktadır¹⁸¹. Fransız hukukunda hizmet için gerekli olan tesisin kurulması işinin özel hukuk kişisine verildiği sözleşmeler de imtiyaz sözleşmesi sayılmakta hatta bu sözleşmeler imtiyaz usulünün ilk örnekleri olan “bayındırlık imtiyazı” adını taşımaktadır¹⁸². Ancak Türk hukuk sisteminde kamu hizmetlerine ilişkin tesisin kurulmasında özel hukuk kişisinden yararlanılması sözleşmenin imtiyaz sayılması için yeterli kabul edilmemektedir¹⁸³. Bayındırlık işi olan bu işlerde özel hukuk kişisinden yararlanılması bir istisna akdi, taahhüt işi¹⁸⁴ olarak nitelenmekte¹⁸⁵ ve buna

¹⁷⁸ Süheyp Derbil, *İdare Hukuku*, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1959, 593-600.

¹⁷⁹ Duran, *İdare Hukuku Dersleri*, 330.

¹⁸⁰ Gözübüyük ve Tan, 496, 621.

¹⁸¹ Günday, *İdare Hukuku*, 344.

¹⁸² Bununla birlikte Fransız Hukukunda 1990lardan itibaren “concession de service public” (kamu hizmeti imtiyazı) kavramı yerine yasal düzenlemelerde de giderek daha fazla “delegation de service public” (kamu hizmetinin devri) kavramı kullanılmaya başlanmıştır. Bkz. Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 34. Bu kavramın kamu hizmeti imtiyazını karakterize ettiğini savunanlar olduğu gibi kamu hizmeti imtiyazının özgün anlamını kaybettiğini savunanlarda vardır. Bkz. Gözübüyük ve Tan, 625.

¹⁸³ Güven Dinçer, “İdarenin Yaptığı Mukavelelerden Doğan İhtilafların Hal Yolları”, *Danıştay Dergisi*, y:3, s:8, 1973, 19. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 321.

¹⁸⁴ Bkz. Derbil, *İdare Hukuku*, 603-604.

Osten; bir bayındırlık eseri meydana getirme işinin özel hukuk kişisine verilmesinin sadece inşayı ilgilendiren taahhüt işi olduğunu söylemektedir. Bu sebeple Fransa’da bu usulden kaynaklanacak uyumsuzluklar idari yargı yerinde halledilse de Türkiye’de adli yargıda halledilecektir. Osten, kamu hizmeti imtiyazını bayındırlık işi imtiyazını da içine alacak biçimde; “*Bir gerçek veya tüzel kişinin masrafı zararı ve hasarı kedisine ait olmak üzere ve kamu kudretinden yararlanmak ve karşılığında belli bir süre ve şartlar içinde bu işten gelecek menfaati ve iş karşılığında alınacak ücret veya resimleri tahsil etmek üzere bir kamu hizmetinin yapılmasını veya bir bayındırlık işinin başarılmasını veya işletilmesini taahhüt altına alan bir mukavele*” olarak tanımlamaktadır. Yazarın tanımını; “bir kamu hizmetinin yapılması” veya “bir bayındırlık eserinin yapılması ve işletilmesi” olarak anlamak gerekir. Zira yazar, kamu hizmeti imtiyazını bir demiryolunun inşası ve işletilmesi, tramvay, elektrik, havagazı, su gibi

ilişkin sözleşme Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılacak olan işlerden sayılarak Kanun'un açık hükmü gereği özel hukuk hükümlerine bağlı kılınmaktadır¹⁸⁶. Aslında bir bayındırlık eserinin yalnızca kurulmasını değil, kurulması ve işletilmesini içeren sözleşme için Türk Hukuku'nda da "bayındırlık işi imtiyazı" kavramı kullanılmıştır¹⁸⁷. Ancak 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 42/c maddesinde 18.12.1999 tarih ve 4492 sayılı Yasa¹⁸⁸ ile yapılan değişiklikle "bayındırlık imtiyazları" kavramı Yasa metninden çıkarılınca kamu hizmetine ilişkin tesisin kurulması ve işletilmesi "kamu hizmeti imtiyazı" kavramı ile ifade edilmiştir¹⁸⁹. Özetle bugün Türk Hukuku'nda, sözleşmenin imtiyaz sayılabilmesi için kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi yahut kurulmuş bulunan kamu hizmetinin sadece işletilmesi gerekmektedir.

Yukarıdaki tanımlar imtiyaz sözleşmesini hizmetin niteliğinden hareketle ortaya koymaktadır. İmtiyaz sözleşmesini "imtiyaz" kavramının anlamını esas alarak tanımlayan yazarlar da vardır. Bu tanımlarda da imtiyaz sözleşmesinin kamu hizmeti ile bağı koparılmış değildir. Ancak ana unsur "İmtiyaz=ayrıcalık" (concession) kavramıdır. Bu bakımdan Karahanoğulları; kamu hizmeti imtiyazını "*kamu hizmeti olarak devletçe üstlenilen alanlarda toplumsal ihtiyaçları karşılayacak bir mal ve hizmet üretiminin özel girişimcinin kendi sermayesiyle olumlu ve olumsuz sonuçları yani kar ve zararı kendi sermayesi üzerinde doğacak şekilde yerine getirmesi ve bunun karşılığında da söz konusu kamu hizmetleri alanının, üretim ilişkileri alanının kurallarından kurtarılmış olma imtiyazından yararlanması*" olarak ifade etmektedir¹⁹⁰.

bayındırlık işlerinin yapılması ve işletilmesi olarak örneklendirmektedir. Bkz. Necmi Osten, *İdare Hukuku Dersleri*, Başnur Matbaası, Ankara 1968, 265-266.

¹⁸⁵ Karahanoğulları, *Kamu Hizmet (Kavram Hukuksal Rejim)*, 327.

¹⁸⁶ Kamu hukuku kişisi tarafından yol, köprü, baraj, bina inşaatı gibi bir bayındırlık eserinin yapılması işinin özel hukuk kişisine bedeli mukabilinde sözleşme ile verilmesi, Türk Hukuku'nda yargı kararları ile kategorik olarak özel hukuk sözleşmesi sayılmıştır. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile de Kanun kapsamında kamu kaynağı kullanan idarelerin yapacakları bu nevi işlerle ilgili sözleşmeler için özel hukuka işaret edilmiştir.

¹⁸⁷ Duran, *İdare Hukuku Dersleri*, 332. Derbil, *İdare Hukuku*, 595.

¹⁸⁸ Bkz. 21.12.1999 tarih ve 23913 sayılı R.G.

¹⁸⁹ Gözübüyük ve Tan, 630.

¹⁹⁰ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 323.

İmtiyaz için bir kamu hizmetinden bahsedilmesinin zorunlu olmadığını savunan Çal ise, özel hukuk kişisine ayrıcalık yaratılıp yaratılmadığı ile ilgilenmektedir. Geleneksel anlamda kamu hizmeti sayılamayacak bir hizmette dahi özel hukuk kişisine sözleşme ile ayrıcalık sağlanmışsa bu sözleşme imtiyaz sözleşmesi sayılmalıdır. Bu bağlamda "tekel yaratılmış olması" ve "rekabetten bağımsızlık sağlanması" imtiyazın kaçınılmaz olarak varlığına işaret eder. Yazar görüşünü; Bakü-Ceyhan Petrol Boru Hattı Projesi'nde kamuya sunulan bir hizmetten söz edilemeyeceğini ancak projeye ait sözleşmelerin içerdiği ayrıcalıklar sebebiyle imtiyaz sayılması gerektiği ile örneklendirmektedir. Bkz. Çal, "Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü", 40-41, Erişim Tarihi: 15.09.2015.

Yargı kararlarına bakılınca Danıştay’a göre imtiyaz¹⁹¹; “İdarenin gerçek ve genel olarak sermaye şirketi olan bir tüzel kişiyle yaptığı sözleşmeyle bir kamu hizmetinin belirli ve uzun bir süre içinde kurulması ve işletilmesinin karşılığında hizmetten yararlananlardan ücret ya da bedel alınmak ve giderleriyle kâr ve zararı (riski) özel girişimciye ait olmak üzere idarenin kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir yönetim biçimidir”¹⁹².

Anayasa Mahkemesi ise imtiyaz sözleşmesini; “(...) kamu hizmetinin uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca sermayesi, kâr, hasar ve zararı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerin yerine getirilmesine imtiyaz denir. (...) Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri gerek konusunun kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, gerekse hizmetin yürütülmesinin sağlanması için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idari sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar.”¹⁹³ şeklinde tanımlamaktadır.

<http://www.tobb.org.tr/Documents/yayinlar/SCal-DonusumOykusu.pdf>. Ayrıca bkz. Çal; “Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi”, A.Ü.S.B.F.D., 63 (4), Erişim Tarihi: 15.09.2015. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/936/11660.pdf>.

Danıştay da bir kararında ayrıcalık kavramını vurgulamaktadır; “(...) Kamu hizmetlerinin kurulmasını ve/veya işletilmesini özel bir girişimciye devreden ‘imtiyaz sözleşmeleri’ ile esasen idareye ait olduğu kabul edilen hizmetin yürütülmesi için gerekli üstün yetkilerin özel hukuk tüzel kişisince kullanılması söz konusudur. Bir başka anlatımla kamu hizmetinin yapısında bulunan ayrıcalık, kendisine kamu görevi verilen özel hukuk tüzel kişisine geçmekte, onun tarafından kullanılmaktadır.” Bkz. Danıştay İ.İ.K.; E.1996/79, K.1996/83, K.T: 03.10.1996. *Danıştay Dergisi*, y:17, s:93, 36-37.

¹⁹¹ İmtiyaz sözleşmesi ilk kez Danıştay’ın 1935 tarihli Tramvay şirketi kararında şöyle tanımlanmıştır; “Yardımlı veya yarımsız menafî garantisini muhtevi veya bu garantiden âri olarak bir âmme hizmetinin masrafı kendisi tarafından yapılmak ve kendisine hizmetten müstefit olanlardan muayyen bir tarife dairesinde bir ücret istifası hak ve mezuniyeti verilme suretiyle bir ferde veya bir şirkete uzun bir devre için gördürülmesi ve onun bu hizmetle mükellef tutulması esasına müstenit bulunan mukavelelere ‘âmme hizmeti imtiyaz mukaveleleri’ denir”. Bkz. Osten, *İdari Mukavele ve Âmme Hizmeti İmtiyazlarının Hukukî Mahiyeti*, 37.

¹⁹² Bkz. Danıştay 1.D; E.1992/232, K.1992/294, K.T: 24.09.1992. *Danıştay Dergisi*, y:23, s:87, 33-40. Ayrıca bkz. Danıştay 10.D; E.1991/1, K.1993/1752, K.T: 29.04.1993; *Danıştay Dergisi*, y:24, s:88, 465-466.

¹⁹³ AYM; E.1994/71, K.1995/23, 28.06.1995 tarihli karar. Bkz. 20.03.1996 ve 22586 sayılı R.G. Ayrıca Bkz. AYM; E.1994/43, K.1994/42-2, K.T:09.12.1994. Bkz. 24.01.1995 tarih ve 22181 sayılı R.G. AYM; E.1994/71, K.1995/23, K.T: 28.06.1995. Bkz. 20.03.1996 tarih ve 22586 sayılı R.G.

2.1.2.3. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesinin Özellikleri

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, şartname ve anlaşma olmak üzere iki bölümden oluşmaktadır¹⁹⁴. Şartname, idarenin tek yanlı olarak hizmetin kuruluş ve işleyiş kuralları ile tarafların hak ve ayrıcalıklarını belirlediği düzenleyici işlemler bölümüdür¹⁹⁵. Düzenleyici olmasından kasıt; şart-tasarruf¹⁹⁶ da denilen, idarenin tek yanlı iradesi ile oluşan ve gerektiğinde muhatabının rızası gerekmeksizin değiştirilebilen idari işlem olmasıdır¹⁹⁷. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, bu özelliği sebebiyle karma işlem olarak da ifade edilmektedir¹⁹⁸. Sözleşmeci özel hukuk kişinin, idarenin tek yanlı olarak belirlediği hükümler üzerinde tasarruf imkânı bulunmamaktadır. Bu hükümler, karşı tarafça kabul veya reddedilecektir. Bu sebeple imtiyaz sözleşmeleri iltihakı (katılmalı) sözleşme olarak kabul edilmektedir¹⁹⁹. Sözleşmenin mali nitelikli hükümleri ise tarafların anlaşarak belirlediği hükümlerdir.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tanımından çıkan ve onu kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin diğer sözleşmelerden ayıran özelliklerden biri; özel hukuk kişinin, hizmeti tüm tehlike zarar ve masraflarını üstlenerek yürütmesidir²⁰⁰. Bu özellik kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli sermayenin imtiyaz sahibi tarafından konulmasını da içermektedir²⁰¹. Öğretide son zamanlarda imtiyaz sahibi özel kişinin kâr garantisine ilişkin taleplerinin idare tarafından karşılanması ve özel girişimciye başlangıç sermayesini oluştururken devlet teşvikleri ve kredi güvenceleri sağlanmasının imtiyazın klasik özelliklerini ortadan kaldırdığı ifade edilmektedir²⁰². Bu öğelerin artık

¹⁹⁴ Duran, *İdare Hukuku Dersleri*, 335. Gözler, II, 425. 1982 Anayasası'nda "kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri" ifadesi kullanılmaktadır. Şartlaşma kelimesinin uygun olmadığı hakkında bkz. Gözler, II, 429.

¹⁹⁵ Gözler, II, 71.

¹⁹⁶ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, III, 1631. Gözler, II, 426.

¹⁹⁷ Gözler, II, 426-427.

¹⁹⁸ Tan, "Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline", 309. Gözler, II, 426.

¹⁹⁹ Duran, *İdare Hukuku Dersleri*, 437. Özey, *Günışığında Yönetim*, 511. Ayhan, 98.

²⁰⁰ Duran, *İdare Hukuku Dersleri*, 330; Günday, *İdare Hukuku*, 344. Özey, *Günışığında Yönetim*, 250. Gözübüyük ve Tan, 620.

²⁰¹ Derbil, 595. Dinçer, 19.

²⁰² Günday, *İdare Hukuku*, 344. Orak, *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim*, 37. Tan, "İdare Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri", *Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Haziran 1996 Ankara, 29. Karahanoğulları, Türkiye'de çoğunlukla devlet desteği ve kâr güvencesinin sağlandığı kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini Demichel'in literatüre kazandırdığı "sınırlı riskli imtiyaz" kavramı ile ifade etmektedir. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 330.

Otoyol kesiminin yapımı ve işletilmesi süresince yüklenici firmalara boğaz köprüleri gelirlerinin finansman desteği olarak tahsis edilmesinin, yapılacak işin finansmanından yüklenici firmanın sorumlu

aranmaz hale geldiği bir gerçektir²⁰³. Kamu hizmeti imtiyazının klasik tanımında olduğu gibi imtiyaz sahibinin hizmetin masraf ve zararını üstlenerek yürütmesi ilkesi yumuşamış ve imtiyaz verenin mali yardımları ve imtiyaz sahibini desteklemesi kabul edilmeye başlanmıştır²⁰⁴.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin diğer özelliği, özel hukuk kişisine hizmeti yürütürken bazı yetki ve ayrıcalıklar (imtiyaz) tanınmış olmasıdır. Bu yetki ve ayrıcalıklar²⁰⁵; idarenin, imtiyaz sahibi özel kişiye faaliyetini tekel olarak yürütmesi ayrıcalığı tanınması; imtiyaz sahibinin hizmetin finansmanını teminen hizmetten yararlananlardan ücret alması; imtiyaz sahibinin, yürütülecek hizmetin niteliğine göre gerekli olduğu durumlarda idareden kamulaştırma yapılmasını istemesi; imtiyaz sahibinin, sözleşme ile kurulan mali dengenin korunmasını istemesi ve imtiyaz sahibinin çeşitli yardım ve borç garantisinden yararlanması gibi ayrıcalıklardır²⁰⁶.

İdarenin imtiyaz sahibine tekel hakkı tanınması, aynı faaliyet alanında başka girişimlere izin vermeyerek özel girişimci lehine rekabeti kısıtlamasıdır²⁰⁷. Ancak imtiyazın, kamu hizmetinin özel tekel kurularak özel hukuk kişilerine gördürülmesi şeklindeki geleneksel unsurunun ortadan kalktığı söylenebilir. Bu unsurun ortadan

olacağı kuralına aykırı olduğu hakkında ayrıca bkz. Danıştay 1.D.; E.1998/267, K.1998/481, K.T: 16.12.1998. *Danıştay Dergisi*, y:29, s:100, 36.

İdarenin imtiyaz sahibine kâr garantisi sağlaması ve risksiz bir ortam yaratmasının imtiyaz, yani ayrıcalık sağlama niteliğini daha da belirginleştirdiği hakkında bkz. Çal, "Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü", 39.

²⁰³ Gözübüyük ve Tan, 622.

²⁰⁴ Chapus, *Administratif General*, Tome: 1,4 e.d., Montchrestien Paris 1988, 409’dan naklen Tan, "Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline", 310.

²⁰⁵ Atay, 621-622. Gözübüyük ve Tan, 634-635.

²⁰⁶ İmtiyaz sahibine sağlanan mali yardımlara örnek olarak Bakanlar Kurulu’nun 26.2.1999 tarih ve 99/12478 tarihli aşağıdaki kararı örnek verilebilir.

"Uygulama

Madde 2- Bu Karar ile öngörülen amacın gerçekleştirilmesini teminen 1 inci maddede yer alan illerdeki Yatırım Teşvik Belgesi olan firmalardan (KOBİ Yatırım Teşvik Belgesi Yatırımları dahil), Yatırım Teşvik Belgesi tamamlama vizesi yapılanlar bu Karar’ın yayımı tarihinden itibaren, tamamlama vizesi yapılmayanlar ise tamamlama vizesi yapılmalarını müteakip kademeli olarak üç yıl süreyle enerji desteğinden yararlanırlar. Söz konusu firmaların; 1 inci işletme yılında tüketecekleri elektrik enerjisi fatura bedellerine %50, 2 nci işletme yılında tüketecekleri elektrik enerjisi fatura bedellerine %40, 3 üncü işletme yılında tüketecekleri elektrik enerjisi fatura bedellerine %25, oranlarında Türkiye Elektrik Üretim, İletim Anonim Şirketi (TEAŞ) (TEAŞ’tan enerji satın alan imtiyazlı şirketler dahil) ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi (TEDAŞ) tarafından indirim uygulanır. Söz konusu imtiyazlı şirketlerin verdikleri enerjiye ilişkin indirim miktarı kadar tutar, imtiyazlı şirketlerin TEAŞ’tan aynı dönemde aldıkları enerjiye ilişkin borçlarından düşülür". Bkz. 05.03.1999 tarih, 23630 sayılı R.G.

²⁰⁷ Duran, *İdare Hukuku Dersleri*, 337. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 329. Gözübüyük ve Tan, 634.

kalkmasında kamu hizmetlerinin de serbest rekabet koşullarında sunulması eğilimini dayatan AB Hukuku ile uyum sağlama iradesi etkilidir²⁰⁸.

İmtiyaz sahibi tarafından hizmetten yararlananlardan alınacak ücret, esas olarak idarece belirlenmektedir. İmtiyaz sahibinin kamu hizmetini yürütebilmek için yaptığı masraf ve hizmetten yararlananlardan elde ettiği ücret arasındaki fark imtiyaz sahibinin kârını oluşturmaktadır. Bu sebeple ücret belirlenirken hizmetten yararlananların ödeme gücü yanında şirketin kârı da göz önüne alınmaktadır²⁰⁹. Tan, imtiyaz sahibinin gelirini hizmetten yararlananlardan alacağı ücretle karşılaması ve bu ücretin idare tarafından bir tarife ile belirlenmesinin de imtiyaz sözleşmesinin ayırt edici özelliği olmaktan çıktığını, imtiyaz sahibine ücreti serbestçe belirleme olanağı tanındığını belirtmektedir²¹⁰.

Sözleşmenin mali dengesinin korunması, sözleşmenin mali dengesindeki bozulmalara karşı imtiyaz sahibinin zararının tazmin ile idare tarafından garanti altına alınmasını ifade etmektedir²¹¹. Bu bozulma, idarenin tek yanlı almış olduğu kararlar sebebiyle imtiyaz sahibi için ek mali yükümlülüklerle yol açması şeklinde olabileceği gibi, tarafların iradesi dışında gerçekleşen ve sözleşme ekonomisini sarsan beklenmedik bir olayın meydana gelmesi ile de olabilir. Sözleşmeye etki eden bu yeni durumlardan ilki “fait du prince”²¹², (kamu gücünün eylemi) ikincisi ise “imprévision”²¹³

²⁰⁸ Ulusoy, “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi”, *A.Ü.H.F.D.*, C: 48, 1999, 171. Ayrıca bkz. Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 33. Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2015, 17.

AB Hukukunda kural; kamu hizmetlerinin rekabet kurallarına uygun yerine getirilmesidir. Ancak rekabet kurallarına tabi olma durumu o kamu hizmetinin gereği gibi yerine getirilmesini imkânsız kılıyor yahut güçleştiriyorsa AB Hukukunun Anayasası kabul edilen Roma Anlaşması 90/3’e göre; AB organlarının kararı ile o hizmet rekabetten bağışık tutulabilecektir. Bkz. Orak, *Kamu Hizmeti: Tabula Rasa Avrupa Birliği Sürecinde Nasıl Doldurulacak?*, 187.

²⁰⁹ Bkz. Günday, *İdare Hukuku*, 348.

²¹⁰ Bkz. Tan, “İdari Mukavele Kuramına İlişkin Gözlemler”, 300. Aynı yönde Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 329.

²¹¹ Özey, *Günışığında Yönetim*, 252. Atay, 623.

²¹² Fransız Danıştay’ının 11.03.1910 tarihli “Compagnie générale française des Tramways” kararı ile sözleşmenin uygulanması esnasında akid idarenin belli sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla her zaman sözleşmede tek yanlı değişiklik yapabileceği kabul edilmiştir. Buna göre; sözleşme metninde ayrıca yer almasa bile idare sözleşmedeki düzenlemeleri değiştirme yetkisine sahiptir. İdareye tanınan bu yetkinin sebebi, kamu yararını tatmine yönelik idari etkinliklerin sürekliliğinin sağlanabilmesidir. İmtiyaz sözleşmelerinde kamu yararı; sözleşmeye konu kamu hizmetinin sürekli şekilde gerçekleştirilmesidir. İmtiyaz sözleşmeleri için kabul edilen bu ilke daha sonra diğer idari sözleşmeler için de kabul edilmiştir. Tek yanlı değişiklik yapma yetkisinin kullanılmasında sınır; idarenin sözleşme konusunu belirleyen düzenlemelerde değişiklik yaparak sözleşme konusunu tekrar görüşmeye açamaması ve karşı akidin yükümlülüklerinde artışa yol açamamasıdır. Aksi durumda idare imtiyaz sahibinin zararını tazminle mükellef olacaktır. Bkz. Atay, 624.

(öngörülmezlik) olarak adlandırılmaktadır. İlk halde idare, imtiyaz sahibinin mali haklarına ilişkin sözleşme hükümlerinin sübjektif niteliği gereği imtiyaz sahibinin uğradığı zararı tazmin etmek zorunda olacaktır. İkinci halde ise imtiyaz sahibi, idareden uğramış olduğu zararı paylaşmasını yahut sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını isteme hakkına sahiptir.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin bir diğer özelliği, idare ile özel hukuk kişisi arasında uzun süreli bir sözleşme ilişkisi kurmasıdır. Ancak bu özelliğin imtiyaz sözleşmelerini kamu hizmetlerinin görülmesine ilişkin diğer sözleşmelerden ayırt eden temel özelliklerden olmadığını söylemek gerekir²¹⁴.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin süresi sonunda sona ermesi ile hizmete tahsis edilmiş olan taşınır ve taşınmaz mal ve haklar bedelsiz olarak idareye geçecektir²¹⁵. Hizmetin yürütülmesi sırasında edinilen malların da idarenin aynı nitelikte ve kesintiye uğramadan hizmete devam edebilmesi için idareye devredilmesi gerektiği kabul edilmektedir²¹⁶.

2.2.2.4. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesinin Hukuki Rejimi

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, Türkiye’de hukuki rejimi Anayasa tarafından belirlenmiş tek idari sözleşme türüdür. Anayasa’da, idarenin kamu hizmetlerine ilişkin sözleşmelerine yahut kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine dair bir tanım bulmak mümkün değildir. Bunun gibi, idarenin taraf olduğu sözleşmelerin hukuki niteliklerini

Akid özel kişinin zararının sebebinin akid idarenin işlem yahut davranışı olması gerektiği kabul edilmektedir. Sözleşmenin tarafı olmayan bir idarenin almış olduğu kararlar sonucu imtiyaz sahibinin yükümlüğü artıyor ise fait du prince ilkesinin değil diğer şartları da varsa imprévision ilkesinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Bkz. Özay, *Günışığında Yönetim*, 254; Atay, 627.

²¹³ Fransız Danıştay’ının 30.03.1916 tarihli “Compagnie generale d’eclairage de Bordeaux” kararıyla ilk kez imprévision ilkesinin uygulama şartları ortaya konulmuştur. Buna göre; sözleşmenin mali dengesini bozacak olaylar sözleşmenin akdedildiği tarihte öngörülmemiş ve tarafların iradesinde bağımsız gerçekleşmiş olmalıdır, Söz konusu olaylar mali dengeyi alt üst etmiş olmalı ve imtiyaz sahibinin yükünü katlanılamayacak hatta mahvına sebep olacak şekilde ağırlaştırmış olmalıdır. Imprévision ilkesinin kabul sebebi kamu hizmetinin sürekli şekilde yürütülmesinin sağlanması yanında hizmet koşullarında meydana gelen değişikliklere de uyum sağlamaktır. Bkz. Atay, 627-629.

²¹⁴ Yüksek Yargı tarafından yukarıda da yer verilen kararlarda yapılan “uzun süreli sözleşme” vurgusu, imtiyaz sözleşmelerini diğer sözleşmelerden ayırmak için kullanılan bir özellik olmaktan çok, kamu hizmetlerinin uzun süreli olarak özel kişiye gördürülmesinin tek yolunun imtiyaz sözleşmesi olduğunu ortaya koymak içindir.

²¹⁵ Bununla birlikte imtiyaz sahibi tarafından süre sona ermeden kısa süre önce edinildiği için henüz amorti edilemeyen mallar için imtiyaz sahibinin tazmin talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir. Gözübüyük ve Tan, 637. Bkz. Danıştay D.D.K.; E.1968/702, K.1969/699, K.T: 17.10.1969. *Danıştay Dergisi*, y:1, s:1, 124.

²¹⁶ Giritli ve diğerleri, 1216.

açıkça ortaya koyan bir hüküm de yoktur²¹⁷. Ancak Osmanlı Devleti dönemindeki imtiyaz uygulamalarından sonra, taşıdığı önem düşünülerek kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine 1924 Anayasası'nda yer verilmiş, 1961 ve 1982 Anayasalarında da imtiyaz sözleşmelerine ilişkin hükümler muhafaza edilmiştir. 1924 Anayasası'nda kamu hizmeti imtiyazlarının Danıştay'ın görüşü alınarak, Bakanlar Kurulu kararı ve TBMM'nin onayı ile ve ancak Türk Anonim Şirketi statüsündeki tüzel kişilere verilmesi öngörülmüştür²¹⁸. 1961 Anayasası'nda TBMM'nin imtiyaz sözleşmelerini onaylama yetkisi kaldırılmış, Danıştay'ın görüş bildirme yetkisi ise inceleme olarak değiştirilmiştir²¹⁹. 1982 Anayasası'nın 155. maddesinde başlangıçta Danıştay'ın "inceleme" olan yetkisi, 1999 tarihli Anayasa değişikliği ile "düşünce bildirme," yani yeniden "görüş verme" olarak belirlenmiştir.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay'ın ön denetimi başka bir deyişle incelemesinden geçirilmesi, sözleşme taslaklarından Danıştay'ın çeşitli hükümleri çıkarması ile sonuçlanıyordu²²⁰. Görevin inceleme olması sebebiyle de sözleşmenin Danıştay'ın belirlediği haliyle imzalanması gerekiyordu. Zira Danıştay'da son şeklini alan sözleşme taslağının Danıştay'a gönderilen haliyle yahut başka ekleme veya değişiklikle imzalanması sözleşmenin iptali ile sonuçlanıyordu²²¹. Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerine ilişkin bu görevi, öğretide imtiyaz sözleşmelerinin imzalanmasında Danıştay'ın da asli yetki sahibi olduğu şeklinde yorumlanmıştır²²². Öte yandan Danıştay'ın inceleme yaparken süre ile bağlı olmaması ve incelemelerin çok uzun sürmesi, pek çok sözleşmenin uzun süre askıda kalmasına sebep olmuştur²²³. Bu sebeplerle 1999 değişikliği ile Danıştay'ın görevi, hem "düşünce bildirme" olarak değiştirilmiş hem de iki ay süre ile sınırlandırılmıştır. Yani idarenin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi imzalamadan önce Danıştay'ın görüşüne başvurması Anayasa gereği

²¹⁷ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari davalar" başlıklı 2. maddesinde; "Kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin idari davalar" ifadesi yer almaktadır. Bu ise kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin yapılan sözleşmelerin idari sözleşme olabileceğini ortaya koymaktadır. Fakat maddeden bu tür sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olamayacağı manası da çıkmamaktadır.

²¹⁸ Madde 51.

²¹⁹ Madde 140.

²²⁰ Günday, "Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler", *Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye*, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Yayını, Ankara 2001, 192.

²²¹ Bu konuda örnek bir karar için Bkz. Danıştay İ.D.D.G.K.; E.1986/45, K.1987/31, K.T: 12.06.1987. *Danıştay Dergisi*, y:18, s:68-69, 207.

²²² Bkz. Duran, *İdare Hukuku Dersleri*, 331.

²²³ Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 68.

zorunludur. Ancak sözleşmenin, Danıştay'ın iki ay içerisinde bildirmesi gereken görüş doğrultusunda yapılması zorunlu değildir²²⁴.

Anayasa tarafından Danıştay'la ilişkilendirilen, öğreti ve yargısal ölçütlerle de öteden beri temel idari sözleşme tipi olarak kabul edilen kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar, idari yargının görev alanındadır. 2575 sayılı Danıştay Kanunu ile de kamu hizmetlerine ilişkin imtiyaz sözleşmelerinden doğan davalar Danıştay'ın görev alanında tanımlanmıştır²²⁵. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan dava, 2577 sayılı İYUK'un 2. maddesinde belirtildiği gibi taraflar arasındaki uyuşmazlıktan kaynaklanan idari dava olabilir. Bu davaların tam yargı davası niteliğinde oldukları kabul edilmektedir²²⁶. Sözleşmeci tarafın, sözleşmenin düzenleyici bir hükmüne karşı iptal davası açabilmesi de mümkündür²²⁷. İmtiyaz sözleşmelerine karşı 3. kişilerin dava açıp açamayacakları konusunda ise şunlar söylenebilir. 3. kişilerin kamu hizmetinin yürütülmesi sebebiyle uğradıkları zararın tazmini için, idari yargıda tam yargı davası açmaları mümkündür. 3. kişilerin sözleşmenin iptali için dava açıp açamayacağı ise öğretide tartışmalıdır. Gözler, imtiyaz sözleşmesinin düzenleyici nitelikli hükümlerinin iptal davasına konu olabileceğini²²⁸ ancak düzenleyici hükümlerin sözleşmeyi tek yanlı idari işlem haline dönüştürmediğini²²⁹, bu sebeple sözleşmenin iptal davasına konu olamayacağını savunmaktadır.²³⁰ Karahanoğulları, sözleşmenin tamamının sözleşmenin bir hükmü gibi iptal davasına konu olabileceğini savunmaktadır²³¹.

²²⁴ Gözler, II, 430.

²²⁵ Bkz. 2575 sayılı Danıştay Kanunu madde 24.

²²⁶ Gözler, II, 536.

²²⁷ Giritli ve diğerleri, 1216.

²²⁸ Gözler, II, 231, 444.

²²⁹ Gözler, II, 411.

²³⁰ Gözler, II, 225.

²³¹ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 323. Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 250.

İmtiyaz sözleşmelerinin hukuki rejiminin diğer idari sözleşmeler bakımından da geçerli olması gerektiği hakkında bkz. Özay, "Ortak Yararlı İşletme Ya Da Nam-ı Diğer "Müşterek Emanet" ", *İ.Ü.H.F.M.*, 54 (1-4), 1991-1994, 70. Gözler, II, 86. Çal, "Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü," 51. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 334. Azrak, "İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim", Panel, TBB Yayını, Ankara 16 Temmuz 1999 içinde, 35. <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/is-ut.pdf>. Erişim Tarihi: 05.07.2015.

Danıştay ise öteden beri imtiyaz sözleşmelerinin, bir idari işlem gibi iptal davasına konu olabileceğini kabul etmekte ve iptal kararları verebilmektedir²³².

İmtiyaz yöntemi ile kamu hizmetinin yürütülmesi halinde hizmetin sorumluluğu imtiyaz veren idarede kalmaya devam etmektedir²³³. Bu sebeple hizmeti yürütecek özel hukuk kişinin seçimi büyük önem taşımaktadır. Bununla birlikte bu önem bugüne dek, sözleşmecinin tarafın seçiminde belli usul kurallarına bağlı olunması şeklinde değil, bağlı olunmaması şeklinde bir anlayış yaratmıştır²³⁴. Bugün hala yürürlükte olan 1910 tarihli “Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun”da yalnızca imtiyaz sözleşmelerinin Türk (Osmanlı) anonim şirketi statüsünde şirketlerle imzalanabileceği kuralı yer almaktadır. İmtiyaz sahibinin seçimine ilişkin uyulması zorunlu usul kuralları bulunmamaktadır. İmtiyaz sözleşmelerini kapsamına alarak yapılmalarında uyulacak usul ve esası gösteren genel bir ihale mevzuatı da yoktur²³⁵. Kamu hizmetinin özel hukuk kişisine gördürülmesini konu alan sözleşmeler için buna gerek olmadığı²³⁶, idari nitelikli sözleşmelerin özel kanunlarında belirtilen usul ve esasa göre, bu yoksa yargısal içtihatlar ve genel ilkelere göre yapılması gerektiği kabul edilmektedir²³⁷. Bu sebeple idarenin, imtiyaz yahut kamu hizmetinin görülmesine ilişkin diğer bir idari sözleşme akdederken tabi olacağı, aykırı davranışının hukuka aykırılık teşkil edeceği ihale usullerinin olmadığı söylenebilir²³⁸. Bununla birlikte idarenin, idari nitelikli bir

²³² Bkz. Danıştay 12.D., E.1974/1958, K.1976/2141, K.T: 02.11.1976. *Danıştay Dergisi*, 26-27, 509-551. Danıştay D.D.K.; E. 1776/456, K.1977/254, K.T: 13.05.1977. *Danıştay Dergisi*, y:8, s:28-29, 261-284. Danıştay 10. Dairesi, 29.04.1993 tarihli Aktaş kararında da idari sözleşmelerin idari işlemler gibi idari yargı yerlerinde denetlenebileceğini belirtmiştir. Bkz. Danıştay 10.D.; E.1991/1, K.1993/1752, K.T: 29.04.1993. *Danıştay Dergisi*, y:24, s:88, 465-466.

²³³ “Devlet bir hizmeti imtiyaz yoluyla devrettikten sonra ilgilenmemezlik edemez. Şüphesiz devredilmiştir fakat bir kamu hizmeti olmakta devam etmektedir. İmtiyaz bir delegasyon yani vasıtalı bir işletme usulüdür, hiç bir zaman bir terk ve yüz üstü bırakma değildir. Devlet hizmetin iyi icra edilmemesi sebebiyle zedelenen olan kamu güvenliğinin sorumlusu olacaktır. Devlet hizmetin kötü veya eksik icrasının bozabileceği kamu düzeninden sorumludur”. L. Blum’dan naklen Bilgen, 73.

²³⁴ Onar’a göre; imtiyaz sözleşmesi gibi büyük bir ehemmiyeti haiz ve muayyen bir şahsın başarabileceği işler için idarenin ihale mevzuatının gerektirdiği usul ve esaslara uyması zorunlu değildir. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları II*, 1615.

²³⁵ İmtiyaz sözleşmelerinin kamu harcaması gerektirmemesi sebebiyle 4734 sayılı kanunda değilse bile 2886 sayılı kanun kapsamında düzenlenmesi mümkün iken kanun koyucu bunu irade etmemiştir. Bkz. Murat Sezginer, “İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci”, *G.Ü.H.F.D.*, 11 (1-2), 2007, 1091.

²³⁶ Aynı anlayış Fransız Hukuku’nda da hâkimdir. İmtiyazın verilmesinde imtiyaz verilecek kişinin özelliklerinin önemli olacağı, bu sebeple idarenin serbest rekabet ve açıklığı sağlamak kaydıyla imtiyazcını seçmede geniş bir takdir hakkına sahip bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Sezginer, “İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci” 1088.

²³⁷ Bkz. Atay, 558. Giritli ve diğerleri, 1328. Sezginer, “İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci”, 1091-1093.

²³⁸ Sezginer, “İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci”, 1093.

sözleşme akdederken genel ihale mevzuatında yer alan usullerden faydalanmasını engelleyen bir düzenleme de yoktur²³⁹.

İdarenin kamu hizmetinin asli sahibi olması sebebiyle, hizmetin sözleşmedeki hükümlere ve kamu hizmetinin genel ilkelerine uygun yürütülüp yürütülmediğini denetleme²⁴⁰ ve gerektiğinde imtiyaz sahibine yaptırım uygulama yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu yaptırımlar; işin süresinde tamamlanmaması halinde sözleşmede öngörülen cezai şartı uygulama, imtiyaz sahibinin hizmeti gereği gibi yürütmemesi halinde işletmeye el koyarak hizmeti bizzat yürütme ve imtiyaz sahibinin ağır kusuru halinde sözleşmeyi feshetmedir²⁴¹. Denetim ve yaptırım uygulama yetkileri dışında idarenin, hizmetin yürütülmesine ilişkin şartları değiştirerek sözleşmede tek yanlı değişiklikler yapma ve imtiyaz sahibinin hiçbir kusuru olmasa dahi sözleşmeyi tek yanlı olarak feshetme (rachat) yetkileri vardır²⁴². Bu yetkilerin, devletin doğrudan doğruya egemenlik hakkından ve kamu hizmetine hâkim olan genel ilkelerden doğmakta olduğu kabul edilmektedir²⁴³. Kamu hizmetinin asli sahibi olarak idare, sözleşmede ayrıca yazmasa bile kamu hizmetine hâkim olan genel ilkeler ve kamu yararının gerektirmesi halinde sözleşmeyi feshedebilir²⁴⁴ ve sözleşmenin düzenleyici nitelikli hükümlerinde yani şartnamesinde değişikliğe gidebilir²⁴⁵.

Öğretide kamu hizmetlerinin özel girişimci tarafından görülmesini konu edinen imtiyaz sözleşmelerinin özelleştirmenin bir türü olduğu ifade edilmektedir²⁴⁶. Tartışma

²³⁹ Gözler, II, 105.

²⁴⁰ Tan, “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline”, 309.

²⁴¹ Günday, *İdare Hukuku*, 347. Yayla, 173.

²⁴² Günday, *İdare Hukuku*, 347.

²⁴³ Bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, III, 1641.

²⁴⁴ İdare sözleşmeyi tek yanlı olarak feshettiğinde imtiyazı tüm tesisatı ile birlikte bedeli karşılığında satın alacak ve imtiyaz sahibinin işletmeden beklediği kazanç ve kârı da tazmin edecektir. Bkz. Günday, 347-348.

²⁴⁵ İdare tek taraflı olarak sözleşmenin mali nitelikli hükümlerinde değişiklik yapamaz. Değişiklik yetkisi; sözleşmenin şart-tasarruf niteliğindeki hükümleri üzerinde mevcuttur. Değişiklik, sözleşmenin konusunu tamamen değiştirmek olamaz. Konunun icra tarzı değiştirilebilir ama bir konu yerine diğeri ikame edilemez. Sözleşmenin konusunu tadil eden değişiklikler karşısında karşı taraf fesih isteyebilir. Değişiklikle karşı tarafın yükümlülükleri artmış olabilir bu durumda idare karşı tarafın masraf ve zararlarını ödeyerek mali dengeyi yeniden tesis eder ancak bütünüyle ayrı mahiyette değişik yükümlülükler getirmek de olamaz. Bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları* III, 1632.

²⁴⁶ Azrak, “İdari Yargı Dışı Alternatif Uyuşmazlık Çözme Usulleri”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 141. Yıl Sempozyum*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:79, 2010, 78-79. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 327. Karahanoğulları, “Özelleştirme Yöntemi olarak İhale”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, 7 (1), Ocak 1998, 109. http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/51bf72844f86e92_ek.pdf?dergi=Cagdas%20Yerel%20Yonetimler_%20Dergisi Erişim Tarihi: 12.11.2015. Vahit Polatkan, *Yap-İşlet-Devret Modeli İle Ulusal ve Uluslararası Tahkim*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2000, 36, 44.

konusu olan bir husus, imtiyaz sözleşmelerinin her tür kamu hizmeti için yapılıp yapılamayacağıdır. Aslında bu soru, kamu hizmetlerinin özel girişimciye gördürülmesinin (imtiyaz veya özel hukuk sözleşmeleri yoluyla yahut ruhsat-yetkilendirme yoluyla) özelleştirme kavramı içinde değerlendirilmesi sebebiyle her kamu hizmeti özelleştirilebilir mi sorusunun da cevabıdır²⁴⁷.

Duran'a göre; “(...) kamu hizmet ve faaliyetlerinin biziatihi idare kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır. Ancak bu hizmet ve faaliyetlerden kamu gücüne özgü olmayanlar ile özel yönetim biçimine göre gerçekleştirilmeye elverişli olanlar, tüm sorumluluk gene ilgili idare üzerinde kalmak kaydıyla onun sürekli gözetim ve denetimi altında, belli yasal usullere göre özel teşebbüslere yaptırılabilirler. Örneğin milli savunma ve kolluk etkinlikleri kamu gücüne özgü faaliyetler olduklarından her hangi bir şekil ve koşulda tümüyle özel kişilere bırakılamaz”²⁴⁸.

Tan, bu sorunun cevabını idare tarafından yerine getirilen faaliyetler arasında bir ayırım yaparak vermektedir. Buna göre faaliyetler; kolluk faaliyeti ve kamu hizmeti olarak ayırma tabi tutulursa²⁴⁹ özel kişiye bırakılamayacak olanlar; kamu gücünün kullanılmasını gerektiren ve kamusal yetki ve usuller izlenerek yerine getirilebilen kolluk faaliyetleridir²⁵⁰.

²⁴⁷ Kamu hizmetlerinin özel girişimci tarafından yerine getirilmesinin “özelleştirme” olarak değerlendirilmesi yasal düzenlemelerin de sonucudur. Zira hem Anayasa’nın 4446 sayılı Kanunla değişen 47. maddesinin gerekçesinde; “... Önerilen değişiklikle özelleştirme konusu, ilk kez Anayasal bir dayanağa kavuşturulmaktadır. 47 nci maddeye eklenen iki yeni fıkrada bir yandan kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usullerin kanunla gösterilmesi, öbür yandan kamu tüzelkişilerince yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceğinin kanunla belirlenmesi öngörülmektedir ...” ifadeleri hem de 4046 sayılı Özelleştirme Yasası’nın 15. maddesi ile açıkça “Kamu Hizmetlerinin Görülmesinin Özelleştirilmesi” başlığının kullanması, kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından yürütülmesinin özelleştirme kavramı içinde değerlendirildiğini göstermektedir.

²⁴⁸ Duran, “Yap-İşlet-Devret”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 46 (1-2), 1991, 150-151. Aynı yönde; Gerdaneri ve Berk; “buyurucu ve toplum hayatına müdahale edici nitelik taşıyan, denetim, kontrol, ruhsat ve izin verme, men etme gibi kamu kudretine dayalı görev ve yetkilerin özel kişi ve kuruluşlara gördürülmesinin mümkün olmadığı”nı savunmuştur. İç İşleri Bakanlığı Mülkiye Müfettişlerinin 1985-1986 Kış Dönemi İnceleme- Araştırma Raporları, 1986 Ankara, 148-149’dan naklen Tan, “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline”, 318.

²⁴⁹ Kolluk faaliyetleri geniş anlamda kamu hizmeti içinde düşünülse bile hukuki rejimleri birbirinden farklıdır. Kolluk faaliyetleri kamusal usullerle gerçekleştirilir ve idare kolluk yetkisini kullanmaktan vazgeçemez. Kolluk yetkileri tek yanlı işlemlerle kullanılır ve sözleşme konusu olmaz. Bkz. Tan, “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline”, 323.

²⁵⁰ Tan; “Sağlık Hizmeti İhale Yoluyla Satın Alınabilir mi?”, İl Han Özay’a Armağan, İ.Ü.H.F.M., 59 (1-2), Legal Yayıncılık, 2011, 292-293.

Kamu hizmeti imtiyazının, bir kamu hizmetinin özel girişimciye hizmetten yararlananlardan elde edeceği bedel karşılığında kârı, hasar ve masrafı kendisine ait olmak üzere yürütülmesi veya işletilmesi olarak tanımlanması karşısında her tür kamu hizmetinin imtiyaz sözleşmesine konu olabileceğini söylemek güçtür. Zira özel hukuk kişinin geliri esas olarak hizmetten yararlananlardan elde edeceği bedelden sağlayacağı ve özel hukuk kişinin bu hizmeti kâr elde etmek amacıyla yürüteceği düşünüldüğünde fiyatlandırılması mümkün olmayan yani işletilmeye müsait olmayan²⁵¹ başka bir deyişle iktisadi-ticari nitelik arz etmeyen kamu hizmetlerinin imtiyaz sözleşmesi yoluyla özel girişimciye bırakılamaması gerekir. Bu anlamda adalet hizmeti, kolluk hizmeti ve milli güvenlik hizmetlerinin²⁵² imtiyaz sözleşmelerinin konusu olamayacağı ifade edilmektedir²⁵³. Aksi yönde ileri sürülen görüşler ise kamu hizmetlerine iktisadi yaklaşım olarak değerlendirilen görüş sahipleri tarafından ileri sürülmektedir. Buna göre; iktisadi nitelikli hizmetlerin kamu hizmeti olarak değerlendirilmelerine son verilerek sorun çözümlenmelidir²⁵⁴. Bazı mal ve hizmetlerin üretiminin devletin içinde bulunduğu koşullar sebebiyle devlet tarafından üstlenilmiş olması, bunların kamu hizmeti olduğu ve özel hukuk kişisine de ancak devletin gözetimi altında yürütülmek üzere imtiyaz sözleşmeleri ile bırakılabileceği anlamı taşımamaktadır²⁵⁵. Aksine, kamu hizmeti alanı daraltılarak, yalnızca bu alanda kalması gereken milli güvenlik, kolluk hizmetleri gibi hizmetler yani bugün idari kamu hizmeti denilen hizmetlerin özel hukuk kişilerine devri bakımından imtiyaz sözleşmeleri söze konu olmalıdır²⁵⁶.

²⁵¹ Duran, *İdare Hukuku Dersleri*, 339, Tan “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, 301.

²⁵² Bu hizmetler, genel hizmetler, genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler olarak da adlandırılmaktadır. Bu hizmetler toplumsal düzen ve güvenliği sağlayacak nitelikte oldukları için devletin temel görevleri arasında görülmekte ve devlet asgarisi olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Tokatlıoğlu, 6.

²⁵³ Orak, *Kamu Hizmeti İmtiyaz sözleşmelerinde Tahkim*, 36.

²⁵⁴ Vural Fuat Savaş, “Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme”, *Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme*, A.Y.D., C:15, Ankara 1998, 94. Bu anlayışın aksi elektrik su kullanımı gibi hizmetler iktisadi nitelik taşısa da temel insan ihtiyacı olması sebebiyle kamu hizmeti olmaktan çıkarılamayacağı savına dayanmaktadır. Bkz. Turan Yıldırım, “Kamu Hizmeti ve Kâr Amacı”, Ali Ulusoy, *Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, Liberte Yayınları, Ankara Ekim 2001, 44.

²⁵⁵ Kamu Hizmetlerine “iktisadi yaklaşım” yahut “Anayasal iktisat” olarak ifade edilen bu yaklaşım tarzı, Devlet’in ancak kamusal (saf-gerçek) mal olan yani özel girişim tarafından üstlenilmesi mümkün olmayan faaliyetleri üstlenmesi gerektiği fikri ile nitelikçe kamu hizmeti anlayışına geri dönüşü temsil etmektedir denilebilir. Nitelikçe kamu hizmeti için bkz. Gülan, *Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987, 15. Gülan, “Kamu Hizmeti Kavramı”, 154-155.

²⁵⁶ Savaş, “Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme”, 94.

Öğretide, bugün iktisadi ticari nitelikte olduğu kabul edilen hizmet alanlarının yanı sıra idari nitelikteki kamu hizmetleri için de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin yapılmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir.²⁵⁷ İdari hizmet olduğu kabul edilen eğitim ve sağlık hizmetlerinin, özel okul ve özel hastaneler yoluyla yürütülebilmesi de bu anlamda ele alınmaktadır. Ancak yukarıda ifade edildiği gibi diğer idari kamu hizmetlerinden olan milli güvenlik, kolluk ve adalet hizmetlerinin özel girişime bırakılamayacağı kabul edilmektedir. Devletin egemenlik yetkilerine dayanan ve kamu gücü kullanımını içeren bu hizmetlerin yürütülmesinin özel girişime bırakılamaması Anayasa'nın 128. maddesine dayandırılmaktadır. Anayasa'nın 128. maddesinin; *“Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür”* hükmüne göre; belli bazı görevler, mutlaka idare tarafından kamu görevlileri eliyle yürütülecektir.

Madde; idare tarafından bizzat yürütülmesi zorunlu olan ve olmayan hizmetlerin neler olduğuna dair bir liste sunmamış daha genel ve yoruma açık kavramlara yer vermiştir²⁵⁸.

Bu sebeple sorun; *“genel idare esaslarına göre yürütülen ve özel kişiye bırakılamayacak olan asli ve sürekli görevler”* ifadesinin ne anlama geldiği ve bu esaslara göre yürütülen faaliyetlerin hangileri olduğudur.

Genel idare esasları kavramı Anayasa Mahkemesi tarafından kamu gücü kullanılarak yerine getirilen faaliyetler olarak anlaşılmaktadır. Yüksek Mahkeme bir kararında; *“(…) genel idare esaslarına göre yapılacak hizmetleri belirleyecek objektif ölçütlerin getirilmesi gerekmektedir. Merkezi idare ile statüer bir ilişki, devletin kamu gücünün, emretme yetkisinin kullanılması genel idare esaslarına göre yürütülecek*

²⁵⁷ Tan, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, 301. Tekinsoy, *İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri*, 166.

²⁵⁸ Çiğdem Sever, “Kamu Hizmetlerinde Biçimsel Ölçütte Çözülme ve Anayasanın 128. Maddesinin I. Fıkrası”, *Ankara Barosu Dergisi*, 71 (3), 2013, 251.

Ayrıca bkz. AYM; E.1990/12, K.1991/7, K.T: 04.04.1991; *“Genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevler Anayasa'nın 128. maddesi kapsamındadır. Düzenleme tadadi ve dondurucu bir nitelikte değildir.”* Bkz. 13.08.1991 tarih ve 20959 sayılı R.G.

*hizmetlerin belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken hususlardan bazıları olarak görülmektedir.” demiştir*²⁵⁹.

Anayasa Mahkemesi’nin konu ile ilgili kararları incelendiğinde “genel idare esasları” kavramının; kamu gücü kullanımını içeren, kamusal yönetim usulüne ait esaslar olarak yorumlandığı anlaşılmaktadır. Öğretide de genel idare esasları kavramının kamusal yönetim usulünü ifade ettiği konusunda görüş birliği vardır²⁶⁰. Kamu gücü kullanımını içeren, kamusal yönetim esaslarının uygulandığı faaliyetlerin ise; “ulusal güvenlik-millî savunma hizmetleri”, “adalet hizmetleri” ve “kolluk hizmetleri”²⁶¹ olduğu düşünülmektedir²⁶². Bu sebeple bu hizmetlerin özel girişime devredilemeyeceği savunulmaktadır. Aksi yönde, T.C. Anayasası’nın hizmetin türü bakımından özel hukuk kişisine gördürülemeyecek bir hizmet alanı belirlemediği, bu sebeple Anayasa’da idareyi sınırlayan bir hüküm olmadığını savunan yazarlar da vardır. Bu yazarlara göre; iktisadi ve sınai kamu hizmeti olarak nitelendirilen faaliyetlerin yanında devletin kamu gücü ve kamusal yönetim usulleri kullandığı faaliyetlerde bile özelleştirme olağandır²⁶³. Bu anlamda “ulusal güvenlik”²⁶⁴, “kamu düzeninin sağlanması”²⁶⁵ (kolluk faaliyetleri)

²⁵⁹ Bkz. AYM; E.1990/12, K.1991/7, K.T: 04.04.1991, 20959 sayı ve 13.08.1991 tarihli R.G. Bir başka kararında da yine Anayasa Mahkemesi genel idare esaslarını aynı biçimde ortaya koymuştur. Yüksek Mahkeme; “(...) genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerine ilişkin asli ve sürekli görevlerin, (...) kadroya bağlanması dışında, merkezi idare ile statüler bir ilişki içinde olması ve kamu gücünün kullanılması biçiminde özellikleri görülmektedir.” ifadelerine yer vermiştir. Bkz. AYM; E.1992/44, K.1993/7, K.T: 09.02.1993. Bkz. 21612 sayı ve 19.06.1993 tarihli R.G. Aynı yönde bkz. AYM; E.2001/377, K.2002/59, K.T: 26.06.2002. Bkz. 24931 sayı ve 9.11.2002 tarihli R.G.

²⁶⁰ Gözler, II, 630. Güran, “Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri Bakanların Durumu”, A.Y.D., C: 1, 1984, 199. Günday, *İdare Hukuku*, 582. Günday, genel idare esasları kavramının tek yanlı idari işlemler tesis etmek ve idari kararlar almak olarak anlaşılması gerektiğini savunmaktadır. Günday, *İdare Hukuku*, 582. Aynı yönde Abdullah Uz, *Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi ve Devri Bakımından Anayasal Sınırlar*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, 86. Ulusoy da genel idare esasları kavramından, kamu kurum ve kuruluşlarındaki yönetim ve denetim görevlerinin anlaşılması gerektiği kanaatindedir. Ulusoy, “Anayasa Mahkemesi’nin, Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesine ve Bunlara İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme”, *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu*, 60. (1 numaralı dipnot)

²⁶¹ Fransız Hukuku’nda yakın zamana kadar kolluk etkinliğinin özel hukuk kişilerine devri bakımından genel idari kolluk ile özel idari kolluk arasında bir ayrıma gidilmiş ve özel idari kolluğun özel kişiye bırakılabileceği, genel idari kolluğun ise özel kişilere bırakılmasının olanaksızlığı fikri kabul görmüştür. Bu kabul, genel idari kolluk yetkilerinin doğrudan egemenlikle bağlantılı olduğu düşüncesinin sonucudur. Bkz. Gözübüyük ve Tan, 660.

²⁶² Tartışmalı olmakla birlikte “sağlık hizmetleri”nin de bu türden olduğu düşünülüyor idi. Bkz. Mustafa Avcı, “İdarenin Kamu Hizmeti Faaliyetlerinde Daralma ve Dönüşüm: Özelleştirme ve Regülasyon”, *T.A.A.D.*, y:5, s:16, Ocak 2014, 124.

²⁶³ Gözler, II, 379-380. Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 48-49.

²⁶⁴ T.C. Anayasası, m. 5.

²⁶⁵ T.C. Anayasası, m. 5.

ve “adalet hizmetleri²⁶⁶” dahi özelleştirilebilir. Anayasa’da devlete doğrudan ödev olarak verilen bu kamu hizmetlerinin bizzat idare tarafından yerine getirilmesini zorunlu kılan bir hüküm yoktur²⁶⁷. Anayasa’da bazı kamu hizmetlerinin emanet usulüyle yürütülmesini emreden hiçbir hüküm bulunmamaktadır²⁶⁸. O halde nihai sorumluluk idare üzerinde kalmaya devam etmek koşuluyla her hizmet özel girişimci tarafından yürütülebilecektir²⁶⁹.

Öğretideki görüş ayrılığına yol açan sorun, idari kamu hizmeti olan etkinliğin bir bütün olarak ele alınmasından kaynaklanmaktadır. Devletin öteden beri üstlendiği belli kamu hizmetlerinin bir bütün olarak sözleşme konusu yapıp yapılamayacağı tartışması sonuç getirmeyebilir. Belli bir kamu hizmetinin genel idare esaslarına göre yürütülecek hizmet olup olmadığının tespiti yerine, hizmet içerisinde yürütülen faaliyetin de içeriğine göre²⁷⁰ bir ayrıma gitmek daha doğru olacaktır. Anayasa’nın 128. maddesinde de, “*genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler*”in kamu görevlileri eliyle yerine getirileceği yazılıdır. Bu bakımdan her hizmet, içerisinde devredilemeyecek bir egemenlik alanı barındırabilir²⁷¹. Zira 128. maddenin; “*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin*” lafzı da maddenin bu şekilde anlamlandırılmasını haklı kılmaktadır. Kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından görülen iktisadi-sınai kamu hizmeti içinde de özel girişime devredilemeyecek

²⁶⁶ T.C. Anayasası, m. 36, m. 40.

²⁶⁷ Anayasa’nın bazı hükümlerinin devlete hizmet ile ilgili idari teşkilat kurma görevi yüklemesi de o hizmetin özel girişimciye kapatıldığı anlamı taşımaz. Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 49.

²⁶⁸ Anayasa gereği kamu hizmeti olan hizmetlerin varlığı, bu hizmetlerin görülmesinin özelleştirilemeyeceği anlamı taşımamaktadır. Hizmetin tümüyle özel girişime terk edilemeyeceği anlamı taşımaktadır. Kamu hizmetinin kaldırılması anlamında değil fakat işletme-yürütülme usulünün değiştirilmesi anlamında adalet hizmeti gibi klasik kamu hizmetlerinin dahi özelleştirilmesi mümkündür. Tahkim kurumunun varlığı bunun göstergesidir. Bkz. Gözler, *İdare Hukuku*, II, 379. Aynı görüşe Ulusoy; “aksi yönde bir düşüncenin, halen ulusal güvenlik hizmetinin sağlanmasında köy korucularından yararlanmayı, kamu düzeninin sağlanmasında özel güvenlik kuruluşlarının varlığını ve adalet hizmetlerinin görülmesinde tahkim kurumunun kabul edilmesini açıklayamayacağı” örneklerini vererek katılmaktadır. Bkz. Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 49.

²⁶⁹ Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 49. Aynı yönde; Yılmaz Aliefendioğlu, “Kamu Hizmeti-Kamu Yararı Açısından Özelleştirme ve AYM Kararları”, *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu II*, 30.

²⁷⁰ Günday, *İdare Hukuku*, 582.

²⁷¹ İktisadi ve sınai nitelikli kabul edilen elektrik, doğalgaz sağlanması hizmeti, mobil telefon hizmeti gibi hizmetlerin sunumu özel kişiye bırakılmakta ancak tarife ve hizmetin sunumuna ilişkin düzenleme yapma yetkisi özel kişiye bırakılmamaktadır. Bkz. Sever, *Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2013, 73.

karar alma, kararları uygulatma ve uygulamayı denetim gibi asli ve sürekli görevler vardır²⁷².

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, bugün Türk Hukuku'nda kamusal güç ve usullerin kullanıldığı idari kamu hizmetlerinin bile özel hukuk kişisi tarafından yürütülmesinin mümkün olduğu söylenebilir.²⁷³ Duran'ın ifadesiyle kamu gücüne özgü olduğu kabul edilen faaliyetlerde dahi nihai sorumluluk idare üzerinde kalmak koşuluyla²⁷⁴ özel hukuk kişinin katılımı kabul edilmektedir. Yalnız bu sonuç, hizmetin bir bütün olarak ele alınmaması durumunda doğrudur. Anayasa'nın ifadesi ile hizmetin asli ve sürekli görev olan bölümleri özel hukuk kişisi eliyle yürütülemeyecektir. Bu bakımdan T.C. Anayasası'nda devletin, hizmetin yürütülmesinde özel girişimden yararlanamayacağı hizmet alanlarının değil, tümüyle özel girişime terk edemeyeceği, başka bir deyişle dar anlamıyla özelleştiremeyeceği hizmet alanlarının varlığından söz edilebilir. Bu alanlarda Anayasa koyucu, devletin asgari de olsa faaliyetini zorunlu kılmıştır.²⁷⁵

²⁷² Bkz. 22.01.1990 tarih ve 399 sayılı KHK madde 3/b. 29.01.1990 tarih ve 20417 sayılı R.G.

²⁷³ Bu alanlarının tespitinde sınırın ne olacağının, hukuki olduğu kadar iktisadi ve politik tercihlere bağlı olduğu ancak özel hukuk kişilerinin doğrudan kamusal güç kullanımına müsaade edilmesinin doğru bir yaklaşım olmayacağı hususunda bkz. Melikşah Yasin, *Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi*, Beta Basım, İstanbul 2007, 206. Ayrıca bkz. Şerife Yıldız, *İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik*, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Tezi, Eskişehir 2009, 84-88; “En az devlet ilkesi temelinde özel hukuk kişilerinin savunma hizmetlerinde dahi lojistik hizmetlerden, doğrudan askeri operasyonlara katılmaya değin bir dizi faaliyeti üstlendiği görülmektedir. Burada kamu maliyesi üzerinde savunma masraflarını azaltma amacının ötesinde özellikle siyasi denetimden kaçmak gibi politik gerekçeler de rol oynamaktadır.”

²⁷⁴ Duran, “Yap-İşlet-Devret”, 150-151.

²⁷⁵ Örneğin; Anayasa'nın “Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi” başlıklı 42. maddesinin beşinci fıkrasına göre; “İlköğretim kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır.” Yine Anayasa'nın “Sağlık çevre ve konut” başlıklı 56. maddesinin dördüncü fıkrasına göre; “Devlet bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.” Buna göre, Anayasa koyucu devletin eğitim-öğretim hizmeti ve sağlık hizmeti bakımından hizmetin sunumunu garanti eden, denetleyen işlevini yeterli görmüştür. Devlet gerekli teşkilatı kurmak ve özel kesimdeki kuruluşlardan da yararlanmak suretiyle sağlık ve eğitim hizmetini yerine getirecek ve bu alanı bütünüyle özel girişime terk edemeyecektir. “Devlet okulları” ve “kamu hastaneleri” ibarelerinden bu anlaşılmaktadır.

2.1.2. İltizam Sözleşmesi

İltizam, idare ile özel hukuk kişisi arasında önceden kararlaştırılan bir bedel karşılığında kamu hizmetinin görülmesi işinin sözleşme ile özel hukuk kişisine bırakılmasıdır. İltizam sözleşmesinin imtiyaz sözleşmesi ile benzer yanı budur. Her ikisinde de özel hukuk kişisi kendi kâr ve zararına bir kamu hizmetinin yürütülmesini üstlenmektedir²⁷⁶. Ancak iltizam sözleşmesinde kendisine iltizam verilen (mültezim) kurulmuş bulunan bir kamu hizmetini işletirken, imtiyaz sahibi bir kamu hizmetinin kurulmasını ve işletilmesini yahut yalnızca işletilmesini üstlenmektedir²⁷⁷. Yani iltizam sözleşmesinde gerekli teçhizat idare tarafından sağlanacakken imtiyaz sözleşmesinde gerekli teçhizat imtiyaz sahibi tarafından temin edilmektedir²⁷⁸. İltizam sözleşmesinin diğer ayırıcı özelliği, özel hukuk kişisi mültezimin idareye belli bir miktar ücret ödeyerek hizmeti yürütme işini üstlenmesidir. İltizam sözleşmesinin temel ayırıcı özelliği budur. Kamu hizmetinin yürütülmesi sonucunda mültezimin elde edeceği hasılat ile idareye ödeyeceği maktu bedel arasındaki fark mültezimin kârını oluşturacaktır²⁷⁹.

Fransız Hukuku'nda kamu hizmetinin özel hukuk kişisi tarafından yukarıda özelliklerine yer verilen biçimde yürütülmesi usulü olan iltizam sözleşmelerine, Türk Hukuk tarihinde Osmanlı Devleti döneminde rastlamaktadır. Osmanlı Devleti zamanında aşar²⁸⁰ denilen tarım ürünleri vergisinin toplanması işi için yapılan sözleşmeler Derbil tarafından; Osmanlı Devleti'nde; Devlet'e ait aşar vergisi toplama işinin, anbar, kantar ya da ölçü gibi taşıtsız yahut taşıtlı vasıtalarla yaralanma hakkı tanınarak özel kişiye bırakılması halinde bu kişiye mültezim deneceği, bu vasıtaları sağlamak mültezime düşerse bu sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi olacağı sözleri ile ifade

²⁷⁶ Akyılmaz ve diğerleri, 490. Gözler, II, 73. Gözübüyük ve Tan, 491.

²⁷⁷ Bununla birlikte iltizam usulünün imtiyaz usulünün yerini alabileceği ifade edilmektedir. İmtiyaz sözleşmesinin süresi bittikten sonra kamu hizmeti malları idareye geri döneceğinden idarenin aynı kişi yahut bir başkası ile hizmetin işletilmesi için yeniden sözleşme yapması halinde bu sözleşme iltizam sözleşmesi olacaktır. Çünkü artık özel kişi kendisine idare tarafından sağlanan araç ve tesisat ile hizmeti sunacaktır. Bkz. Vedel ve Delvolvé, *Droit Administratif*, II, 790'dan naklen Gözler, II, 405.

²⁷⁸ Gözler, II, 404.

Hizmet için gerekli tesis idare tarafından kurulduğundan, iltizam sözleşmelerinin süresi imtiyaz sözleşmelerinden kısadır. Bkz. Tan, "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000*, I, Ankara 12-16 Ocak 2000, 461.

²⁷⁹ Rouvegin-Baville, Denoix De Saint Marc ve Labetoulle, *Leçons de Droit Administratif*, 197'den naklen Akyılmaz ve diğerleri, 491. Chapus, *Droit administratif général*, 644'den naklen Gözler, II, 73.

²⁸⁰ A'şar (öşr) vergisi: mahsullerden alınan onda birler. Bkz. Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Aydın Kitabevi Yayınları, Ankara 2001, 46.

edilmektedir²⁸¹. Yine Osmanlı aşar vergisi toplanması işinde mültezimin Devlete maktu bir ücret ödemek suretiyle vergi toplama işini üstlenebildiği de açıktır²⁸².

İltizam sözleşmesi bazı eserlerde “iltizam-levazım sözleşmesi”, bazı eserlerde “taahhüt ve iltizam sözleşmesi” olarak yer almaktadır. Ancak bu isimle yer alan sözleşmelerin yukarıda anlatılan iltizam sözleşmesi ile aynı olmaması gerekir. Örneğin Onar; “iltizam, levazım satın alınması mukavelesi” tabirini kullanmıştır. Yazara göre iltizam ve levazım mukavelesinin konusu imtiyaz ve müşterek emanet mukaveleleri gibi kamu hizmetinin görülmesi değildir. İltizam ve levazım satın alınması sözleşmesinin konusu; menkul bir malın temin ve teslimini içermektedir²⁸³. Bu mal amme hizmetinin ifası için kullanılacak olsa, amme hizmetinin mütemmim cüzünü teşkil edecek olsa, bir nafia (bayındırlık) işine ilişkin malzeme olsa ve bu sözleşme ile irtibatlandırılrsa bile bu malzemenin teslimine ilişkin yapılacak sözleşme özel hukuk sözleşmesi mahiyeti taşır. Ancak bu gibi amme hizmeti, amme menfaati, amme ihtiyacı ile mukavelenin konusu arasında doğrudan ilişki bulunduğu hallerde, idarenin akîdine karşı üstün durumda bulunmak arzusuyla mukavelede yer verilecek üstün yetki ve ayrıcalıklarla sözleşmeye idari karakter vermesi mümkündür²⁸⁴.

Osten ise “taahhüt ve iltizam mukavelesi” tabirini kullanmaktadır. Yazar; *“taahhüt ve iltizam yalnız inşaya taalluk ettiği halde, imtiyaz(ın) aynı zamanda işletmeyi de tazammun”* edeceğini söyleyerek, bu mukavele ile bir bayındırlık eserinin yapılması işinin üstlenilmesini kast etmektedir²⁸⁵. Osten’in kullandığı anlam da kamu hizmetinin görülmesine ilişkin olan ve özellikleri yukarıda belirtilen iltizam sözleşmesini karşılamamaktadır. Bunun sebebi iltizam sözleşmelerinin ülkemizde zamanla farklı bir

²⁸¹ Derbil, 595.

²⁸² İltizam devlet Hazinesine en çok geliri elde etmeyi vaat eden kişiye verilmekteydi. Bu artırma yarışı yüzünden mültezim, vergi ödeyeceklerden türlü hile ve haksızlıklarla alınacak tutarı kabartıyor ve iltizamı soygun haline dönüştürebiliyordu. Mustafa Akdağ, *Türkiye’nin İktisadi ve İçtimai Tarihi*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2014, 597. Osmanlı’da vergi toplama işinin kâr ve zararı kendisine ait olmak üzere bir bölümü peşin istenen belirli bir yıllık bedeli ödemeyi kabul eden mültezime güvenilir bir kefil göstermesi karşılığında devredildiği hakkında bkz. Mehmet Genç, “İltizam”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 155. <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c22/c220089.pdf>. Erişim Tarihi: 28.08.2015.

²⁸³ “Hâlbuki iltizam ve levazım satın alınması mukavelelerinin esas itibariyle mevzuları menkul bir malın temininden satılmasından ve tesliminden ibarettir. Mevzuun bu mahiyeti itibariyle iltizam mukaveleleri daha ziyade medeni hukukun satış akdine veya muayyen bir hususun ifasına müteallik akitlerine benzerler ve ekseriyetle idare mukavelelerinin hususi mukavele kategorisine girerler. Bununla beraber idare bu mukavelelere bazı hallerde idari mukavele mahiyetini vermek ister.” Bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, III, 1610.

²⁸⁴ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, III, 1610-1611.

²⁸⁵ Osten, *İdari Mukavele ve Amme Hizmeti İmtiyazlarının Hukukî Mahiyeti*, 32.

anlam kazanmasıdır. Bu durum Gülan tarafından “Bir kamu hizmetinin önceden kararlaştırılan belli bir ücret karşılığı özel hukuk kişisi tarafından yürütülmesi demek olan iltizam ülkemizde farklı bir anlam daha kazanmış ve kamu hizmetinin görülebilmesi için gerekli olan inşaat, alt yapı tesisleri vs. gibi işlerin özel kişiye yaptırılmasına da iltizam denmiştir.” ifadeleriyle açıklanmaktadır²⁸⁶.

Bazı eserlerde ise iltizam sözleşmesi yerine “mali iltizam sözleşmesi” tabiri kullanılmaktadır. Mali iltizama ilişkin açıklamalar iltizam sözleşmesine ilişkin olanlarla aynıdır. Örneğin Günday; “mültezim adı verilen karşı tarafa, götürü veya orantılı bir kazanç ya da ücret karşılığında belli bir idari hizmetin gördürülmesini”²⁸⁷ mali iltizam sözleşmesi olarak adlandırmaktadır. Gözübüyük ve Tan da mali iltizam sözleşmesi tabirini kullanmaktadır²⁸⁸.

Eserlerde iltizam/mali iltizam sözleşmelerinin Osmanlı Devleti döneminde halktan aşar vergisinin toplaması işi için yapıldığı yazılıdır²⁸⁹. Osmanlı Devleti uygulamasına benzer biçimde özelleştirme eğiliminin de etkisiyle bir dönem mahalli idarelerde vergi ve harçların tarh, tahakkuk ve tahsil işlemlerinin özel kişiler tarafından

²⁸⁶ Gülan, *Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri*, 64.

Özay da kazandırılan bu anlamı benimser biçimde emanet usulü ile yürütülen bazı kamu hizmetlerinin alt yapı ve tesislerinin yapılması işinin yap-işlet-devret biçiminde gözüke de aslında iltizam yoluyla gerçekleştirildiğini söylemektedir. Bkz. Özay, *Günüşünde Yönetim*, 247-248. Bir başka eserinde de yazar; “(...) bir kamusal mal olan “otoyolları, Devlet ve İdare, büyük inşaat ve tesisat işlerini konu alan ve uygulama ile mahkeme içtihatlarına göre Borçlar Kanunu’nun 355-371 inci maddelerinde öngörülmüş bulunan “istisna akdi” ile, yani parasını ödeyerek yaptıracağına, müteahhidin masrafları üstlenerek daha sonra bunu işletme yoluyla amorti etmesi ve kâra çevirmesi yöntemi izlenmektedir ki, bazıları buna “bayındırlık imtiyazı” deseler bile gerçekte ortaya konulan usul “iltizam”dan başka birşey değildir.” (...) “İltizam” ile “imtiyaz” usulü arasındaki fark birinin sadece inşaat diğerinin ise “işletme”yi de kapsamada görüldüğünden, (...) bazıları buna da “bayındırlık imtiyazı” diyebilmektedirler.” ifadeleriyle iltizam sözleşmesini Osten gibi bir bayındırlık eseri meydana getirme anlamında taahhüt ve iltizam sözleşmesi olarak algılamaktadır. Bkz. Özay, “Ortak Yararlı İşletme Ya Da Nam-ı Diğer “Müşterek Emanet”, 57.

²⁸⁷ Günday tarafından yapılan bu tanım Duran tarafından da yapılmıştır. Öğretide kabul gören bu tanımda “götürü veya orantılı bir kazanç veya ücret karşılığında” ibaresinin sanki idare mültezime bir ücret veya kazanç sağlıyormuş algısı yaratıyor olması Tekinsoy tarafından eleştirilmektedir. Bkz. Tekinsoy, *İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri*, 177.

²⁸⁸ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk de aynı tabiri kullanmaktadır. Giritli ve diğerleri, 1339. Gözler, mali iltizam sözleşmesinin vergi toplama işi gibi mali konulara ilişkin olan iltizamı ifade eden alt tür olduğunu söylemektedir. Gözler, II, 73.

²⁸⁹ Osmanlı Devleti zamanında aşar vergisinin toplanması işi için yapılmış bulunan iltizam sözleşmeleri Cumhuriyet Döneminde 552 sayılı “Aşarın İlgaşı İle Yerine İkame Edilecek Vergi Hakkında Kanun” ile kaldırılmıştır. 552 sayılı Kanun da 1931 yılında “Arazi Vergisi Kanunu” ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. Gözübüyük ve Tan, 491.

Bir de Duran tarafından Devlet tekelinde olan reassürans hakkını işletmek için özel kişiye iltizam verildiği belirtilmektedir. Bkz. Duran, *İdare Hukuku Dersleri*, 333.

yapılması yoluna gidilmiştir²⁹⁰. Buna ilişkin sözleşme de iltizam benzeri olarak değerlendirilmiş ise de bu uygulamanın iltizamla benzer olduğunu söylemek güçtür. Sonrasında uygulama hukuka aykırı bulunarak durdurulmuştur. Günümüzde ise iltizam sözleşmelerinin göl ve nehirlerle deniz kıyılarında hazineye ait dalyanlardan yararlanmak için yapılan sözleşmeler olduğu kaydedilmektedir²⁹¹.

Bugün iltizam sözleşmelerinin kamu hizmetlerinin görülme usullerinden biri olarak Türk Hukuku'nda yer bulduğu söylenemez. Bu yönüyle iltizam sözleşmeleri idare hukuku ders kitaplarında yalnızca taşıdığı tarihsel değer itibariyle yer almaktadır²⁹².

2.1.3. Müşterek Emanet Sözleşmesi

Müşterek emanet sözleşmesi; bir özel hukuk kişinin idare ile yaptığı bir sözleşme ile kâr ve zararı idareye ait olmak üzere bir kamu hizmetinin idare adına görülmesini üstlenmesidir²⁹³. İmtiyaz ve iltizam sözleşmelerinde olduğu gibi burada da özel hukuk kişisi bir kamu hizmetini yürütmeyi üstlenmektedir. Ancak müşterek emanet, iltizam ve imtiyazdan şu yönleri ile ayrılmaktadır. Bir kere müşterek emanetçi kamu hizmetini kendi adına ve hesabına yürütmemektedir. Hizmetin kâr ve zararı kendisine değil idareye aittir. İşletmeden kaynaklanan zarara katlanması ve işletmenin

²⁹⁰ 11.12.1985 tarih ve 18955 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 3239 sayılı Yasa ile emlak vergisi toplama yetkisi merkezi idare tarafından belediyelere devredilince, bu yetki çerçevesinde Adana Belediyesi bilgisayar teknolojisinden ve özel sektörün itici gücünden faydalanma düşüncesi ile Elsan A.Ş. ile 20.03.1986 tarihinde "Bilgisayarlı Hizmet Kiralaması" yöntemini ihtiva eden bir sözleşme imzalamıştır. Sözleşmenin tam adı "Adana Belediyesi Emlak Vergileriyle İlgili İşlemlerin Bilgisayarlarla Yapılmasına Dair Bilgisayar Kira Sözleşmesi"dir. Bilgisayar hizmet kiralaması şeklinde açılan ihalede, sadece makine kiralamak yerine, programcılarıyla, teknik bakım yapan uzmanlarıyla, vergi hukuku ve emlak vergisi danışmanlarıyla beraber kiralarak işlemlerin süratle yapılması ve belediye personelinin de bilgisayara geçişindeki eğitimlerinin ve emniyetin birlikte sağlanması amacı güdülmüştür. Ancak vergi toplama işinin egemenliğe ilişkin ve devredilemeyecek bir kamu görevi olarak görülmesi sebebiyle uygulama eleştirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Ay ve M. Emin Merter, http://193.25.125.6/Yerel_Yonetimler_Forumu_2013/Sunum_Metinleri/12_Aralik_2013/Salon_B/Mehmet_E_min_Merter.pptx. Erişim Tarihi: 29.08.2015.

Adana Belediyesi tarafından başlatılan bu uygulama İç İşleri Bakanlığı mülkiye müfettişlerince incelenerek hukuka aykırı bulunmuş ve uygulamaya son verilmiştir. Özay, *Günışığında Yönetim*, 248.

²⁹¹ Bkz. Gözübüyük ve Tan 491. Giritli ve diğerleri, 1340. Günday, *İdare Hukuku*, 187.

Duran tarafından iltizamın uygulama alanına ilişkin yapılan bu açıklama günümüzde bu amaçla yapılan iltizam sözleşmesi olmadığından geçerliliğini yitirmiştir. Ancak hala eserlerde günümüzde volî ve dalyanlardan yararlanma amacıyla yapılan iltizam sözleşmesi varmış gibi yer almaktadır. Günümüzde bu amaçla iltizam sözleşmesi yapılmış olsa idi bile bu, bir kamu hizmetinin sunulması anlamında iltizama karşılık gelmeyecekti.

²⁹² Tekinsoy, *İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri*, 177.

²⁹³ Duran, *İdare Hukuku Dersleri*, 333. Gözler, II, 405.

riskini üstlenmesi beklenemez²⁹⁴. Müşterek emanetçiye yalnızca maktu olmayan²⁹⁵, elde edilen gelir ile orantılı bir kazanç sağlanmaktadır. Bu sebeple idarenin müşterek emanetçiye yapacağı en az ödeme, idare tarafından garantilenmesi sebebiyle bellidir²⁹⁶. Ancak idare adına adeta iş gören niteliğindeki müşterek emanetçi başarılı olduğu oranda değişen bir kazanç elde edecektir ki bu bir tür prim sayılabilir²⁹⁷. Bu husus Duran tarafından; “müşterek emanette müteşebbis sadece bilgi beceri ve emeğini koymakta ve karşılığını da şu veya bu ölçüde mutlaka almaktadır; faaliyetin sonuçlarından yarar sağlayabilir, fakat zarar görmez” şeklinde ifade edilmektedir²⁹⁸. “İşletmenin zarar etmesi halinde müteşebbisin kaybettiği şey olsa olsa emeğidir.”²⁹⁹

Müşterek emanetin diğer ayırıcı özelliği kamu hizmetinin kurulması için gerekli olan sermayenin idare tarafından sağlanmasıdır. Bu yönü itibarıyla müşterek emanet imtiyaz sözleşmesinden farklılaşmaktadır. Zira imtiyaz sözleşmelerinde imtiyaz sahibi tam bir girişimci niteliği taşımakta³⁰⁰, hizmetin kurulmasına ilişkin sermaye, yatırım ve tesisatı kendisi sağlamakta, işletmenin riskini de üstlenmektedir³⁰¹. İdarenin imtiyaz sahibine yardımı ancak istisnaen mümkündür.³⁰² Nitekim Onar; “imtiyaz sözleşmesinde idarenin özel hukuk kişisine sözleşmede sağladığı mali haklar, yardımlar, güvenceler getirdiği sermayenin tamamen korunması sonucu doğuruyorsa artık bir imtiyaz sözleşmesi değil, ama müşterek emanet sözleşmesi söz konusu olacaktır.” demektedir³⁰³.

Müşterek emanetin yukarıda yer alan özellikleri, bilhassa hizmetin yerine getirilmesinin tüm iktisadi yükünün ve sonucunun kamu kesimi üzerinde kalması ve özel girişimcinin hizmetin fiilen yerine getirilmesindeki aracı konumu³⁰⁴, bu usulün

²⁹⁴ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, I, 540. Özay, “Ortak Yararlı İşletme Ya Da Nam-ı Diğer “Müşterek Emanet”, 59-60; Günday, *İdare Hukuku*, 343. Gözler, II, 406. Akyılmaz ve diğerleri, 492.

²⁹⁵ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, I, 45.

²⁹⁶ Akyılmaz ve diğerleri, 492.

²⁹⁷ Vedel G. ve Delvolve P., *Droit Administratif*, 1130’dan naklen Özay, *Günışığında Yönetim*, 247.

²⁹⁸ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, 333.

²⁹⁹ Özay, “Ortak Yararlı İşletme Ya Da Nam-ı Diğer “Müşterek Emanet”, 61.

³⁰⁰ Özay, *Günışığında Yönetim*, 247. Günday, *İdare Hukuku*, 343.

³⁰¹ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, I, 45. Günday, *İdare Hukuku*, 343. Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, 333. Gözler, II, 406.

³⁰² Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, 333.

³⁰³ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, I, 45 ve 541.

³⁰⁴ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti Kavram ve Hukuksal Rejim*, 324.

emanet usulü ile imtiyaz usulü arasında karma bir usul olarak nitelendirilmesine yol açmıştır.³⁰⁵

Müşterek emanet sözleşmelerinin günümüzde yapılmadığı³⁰⁶, yalnız Osmanlı Devleti zamanında “sahil fenerlerinin işletilmesi işi” için bu usule başvurulduğu³⁰⁷, bu sebeple bu sözleşmenin iltizam sözleşmeleri gibi tarihi bir değeri olduğu vurgulanmaktadır³⁰⁸. Bununla birlikte hukuki kurum ve ilişkilerin gerçek ve maddî niteliklerinin, her bir somut olayda içeriklerinin irdelenip sınıflandırılması ile belirlenebileceği düşüncesiyle Özay; 3096 sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun”a göre yapılan ve ilk bakışta imtiyaz sözleşmesi izlenimi yaratan “işletme hakkı devir sözleşmeleri”nin de aslında müşterek emanet sözleşmeleri olabileceği tespitinde bulunmaktadır³⁰⁹.

Bu tespite yol açan olay, 3096 sayılı Kanun’un ardından Türkiye Elektrik Kurumu (TEK) ile Aktaş şirketi arasında yapılan işletme hakkı devir sözleşmesinin Danıştay incelemesinden geçirilmediği gerekçesiyle Danıştay tarafından iptal edilmesidir³¹⁰. Özay, 3096 sayılı Kanun’un kurduğu sistemin ardından yapılacak sözleşmeleri

³⁰⁵ Karahanoğulları, Max Weber’in “ideal tip” tanımından hareketle emanet usulü ve imtiyaz sözleşmelerinin iki uçta bulunana ideal tipler olduğunu söylemektedir. Bu iki uç arasındaki karma usullerden biri de müşterek emanettir. Bkz. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 324. Benzer ifade için bkz. Meschériakoff, 352’den naklen Gözler, II, 406.

³⁰⁶ Günday, *İdare Hukuku*, 343.

³⁰⁷ Mişel, Kolas ve Baudouy adlı şahıslar tarafından kurulan “Osmanlı İmparatorluğu Fenerler Şirketi” ile Osmanlı Devleti arasında sahil fenerlerinin işletilmesi için 1860 yılında bir mukavele imzalanmıştır. 1937 yılında, başta imtiyaz olduğu düşünülen mukaveleden ötürü taraflar arasında uyuşmazlık çıkmıştır. Hizmete ilişkin mukavelede; hükümetin istediğinde peşin olarak tazminat ödemek suretiyle işi tekrar üzerine alabileceği, tazminat miktarında anlaşamaz ise hakeme başvurulacağı hükmü yer almasına rağmen Fenerler Şirketi, kendilerine verilen imtiyazın mülkiyeti içerdiğini ve tazminatı tespit edecek tahkim keyfiyetinin mülkiyetin mahiyetine dokunamayacağını iddia etmiştir. Çıkan uyuşmazlık Devlet Şûrası’na (Danıştay) intikal edince Devlet Şûrası da Mustafa Şeref Özkan, Nusret Metya ve Sıddık Sami Onar’ı hakem tayin etmiştir. Hakem heyeti, mukavelede geçen imtiyaz ibaresinin, mukavelenin amme hizmeti imtiyaz mukavelesi olduğunu göstermediğini, imtiyazın hizmeti yürütecek bu şahıslara tanınan salahiyet anlamında kullanıldığını ifade etmiştir. Hakem heyeti; bu şahısların hizmeti devlet adına yürütmeleri, ne hizmete dair tesis ne de işletme için hiçbir sermaye getirilmemesi ve yine hiçbir hasarın üstlenilmeyerek zarar ve ziyanın tümüyle hükümete ait olması hükümlerinden hareketle mukaveleyi; “menfaate iştirak suretiyle reji”(müşterek emanet) olarak nitelendirmiştir. Karar metni için bkz. Osten, “*İdari Mukavele ve Amme Hizmeti İmtiyazlarının Hukuki Mahiyeti*”, 42-46. Ayrıca bkz. Tan, “Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, 302-306.

³⁰⁸ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, I, 45. Günday, *İdare Hukuku*, 343. Özay, “Ortak Yararlı İşletme Ya Da Nam-ı Diğer “Müşterek Emanet”, 58 ve devamı. Özay, bir de “Tütün Rejisi” için bu usulün uygulandığını bildirmektedir. Özay, 61. Her iki işletme de I. Cumhuriyet Döneminde millileştirilmiştir. Azrak, *Kamu Yönetimi Ders Notları*, İstanbul 1976, 50.

³⁰⁹ Özay, “Ortak Yararlı İşletme Ya Da Nam-ı Diğer “Müşterek Emanet”, 69-70.

³¹⁰ Aktaş Kararı için bkz. Danıştay 10.D.; E.1991/1, K.1993/1752, K.T: 29.04.1993; *Danıştay Dergisi*, y:24, s:88, 465-466.

kendisinin, Duran ve Bilgen'in "imtiyaz" olarak nitelendirdiklerini söylemektedir. Ancak soyut olarak yapılan bu değerlendirmenin, Aktaş davasına ilişkin sözleşme hükümlerini inceleyince doğru olmadığı kanaatine varmıştır. Sonuç olarak Özay, bu sözleşmenin bir imtiyaz sözleşmesi değil, müşterek emanet ya da ortak yararlı işletme adı verilen sözleşmenin bir örneği olduğunu iddia etmiştir³¹¹. Bu bakımdan müşterek emanet sözleşmelerinin Osmanlı'dan sonra terk edildiği kanaati doğru değildir³¹². Gerçekten de TEK'e ait dağıtım tesisleri ve iş makineleri üzerinde şirkete yalnız yararlanma hakkı tanınması³¹³, elektrik enerjisi satışından elde edilen hasılatın idare ile şirket arasında bölüşülmesi³¹⁴, sözleşmenin sona ermesi halinde şirketin borçlanmak suretiyle yaptığı yatırımlardan kalan tüm borcun, devralan kamu kurumu tarafından üstlenileceği³¹⁵ göz önüne alınınca bu sözleşmenin bir "müşterek emanet" örneği olduğu söylenebilir.

2.2. KAMU HİZMETLERİNİN YÜRÜTÜLMESİNDE YENİ SÖZLEŞME TİPLERİ

2.2.1. Yeni Sözleşme Tiplerinin Ortaya Çıkma Sebepleri

Kamu hizmetlerinin özel kişilere sözleşme ile gördürülmesinin tek yolunun imtiyaz olmadığı, iltizam ve müşterek emanet gibi diğer bazı sözleşme türlerinin de Türk Hukuku'nda imtiyaz sözleşmeleri kadar eskiye dayandığı malumdur. Bu sayılanlar dışında 1980'lerden sonra kamu hizmetlerinin özel kişi tarafından görülmesine ilişkin görevlendirme sözleşmeleri, yap-işlet-devret, yap-işlet sözleşmeleri, kamu özel ortaklığı sözleşmeleri gibi farklı isimlerle yeni sözleşmelerin türetildiği görülür³¹⁶. Aslında bu durum, kamu hizmetleri alanında yaşanan özelleştirme eğiliminin sonucudur. Daha önce kamu hizmetlerinin özel hukuk kişisine gördürülmesinin de geniş anlamıyla özelleştirme kapsamında olduğundan bahsedilmişti³¹⁷. Ancak 1980 ve sonrası süreç; bir

³¹¹ Aktaş şirketinin başvurusu üzerine Ülkü Azrak da sunduğu bilimsel görüşte; ortaya çıkmış bulunanın "müşterek emanet" sözleşmesi olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. Özay, "Ortak Yararlı İşletme Ya Da Nam-ı Diğer "Müşterek Emanet", 69.

³¹² Özay, "Ortak Yararlı İşletme Ya Da Nam-ı Diğer "Müşterek Emanet", 69.

³¹³ Sözleşmenin 1, 5, 6, 17. maddeleri.

³¹⁴ Sözleşmenin "ödemeler" kenar başlıklı 26. maddesi.

³¹⁵ Sözleşmenin 36/c maddesi.

³¹⁶ Gözler, II, 83.

³¹⁷ Bkz. sayfa 46.

takım kamu hizmetlerinin idarenin görevi olmaktan çıkarıldığı, idarenin üstlenmeye devam ettiği kamu hizmetlerinden özel hukuk kişisine gördürülenlerin kapsamının genişletildiği, özel hukuk kişisine gördürülen kamu hizmetlerinin de kamu hukuku usullerinden kurtararak özel hukuka ve işletmecilik esaslarına tabi kılındığı³¹⁸, bu anlamıyla kamu kesiminin daralarak özel hukuk kişisi ve özel hukuk usullerinin ağırlık kazandığı bir süreçtir. Bu sürecin Dünya’da yaşanan gelişmelerden ayrı düşünülmesi beklenemez. Bu sebeple özelleştirme eğilimini zorlayan süreci, iktisadi-politik ve düşünsel tarihi ile ele almak gerekir³¹⁹.

1929 Küresel Ekonomik Krizi ve II. Dünya Savaşının ardından devletlerin ekonomik hayata müdahale etmesi gerektiği düşüncesi kabul edilmeye başlanmış ve Keynezyen ekonomi olarak da adlandırılan “karma ekonomi” modelleri çözüm olarak görülmüştür. Böylece, ekonominin daralma dönemlerinde devletlerin ekonomiye müdahalesi ve kamu harcamalarının artırılması anlayışı benimsenmiştir³²⁰. Bu anlayışın doğrudan sonucu kamusal mal ve hizmetlerin büyük kısmının devlet tarafından üretilmesi, kamu hizmetlerinin çeşitlenerek kamu harcamalarını artırmasıydı³²¹. Keynezyen ekonomi modeli sosyalist ekonomik model anlamı taşııyordu. Klasik liberal anlayışa devletin aktif müdahalesi ile refah devleti-sosyal devlete kavuşulacağını savunuyordu³²². Bu sebeple 1929 sonrası devlet müdahalesi ile dengelenmeye çalışılan liberal döneme; “müdahaleci kapitalizm”³²³, “idare edilen kapitalizm”³²⁴ de denilmiştir. Ancak 70’li yıllarda işsizlik, enflasyon, stagflasyon krizlerinin önlenememesi, kamu ekonomisinin yeterli olmadığı, hatta krizleri Keynezyen ekonomi modelinin ürettiği fikri ile liberal anlayışın tekrar hâkim olacağı bir dönemin başlangıcı olmuştur³²⁵.

³¹⁸ Taner Ayanoglu, “Elektrik Kamu Hizmetlerinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru”, *İ.H.İ.D.*, 13 (1), 2000, 69.

³¹⁹ “İdare Hukukunun iktisat, siyaset ve ahlak disiplinleri ile teorik ve pratik açıdan etkileşiminin bir sonucu olarak bu alanlardaki bütün dönüşüm unsurları idare hukukunu ya doğrudan ya da dolaylı bir şekilde etkilemektedir. (...) İdari faaliyetin içeriği en nihayetinde toplumsal ihtiyaçlardan hareketle belirlendiği için toplumun ekonomik ve siyasi yapısı ile ahlaki düşüncelerinin değişimi bu faaliyetlerin de değişimini zorunlu kılmaktadır.” Bkz. Uyanık, 1150.

³²⁰ Coşkun Can Aktan, *Klasik Liberalizm, Neo-liberalizm ve Libertarianizm*, *Amme İdaresi Dergisi*, 28 (1), 1995, 12. Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, 2.

Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ersan Bocutoğlu, *İktisadi Düşünceler Tarihi*, Murathan Yayınevi, Ankara 2012, 261-264. Ayrıca bkz. Mark Skousen, *İktisadi Düşünceler Tarihi Modern İktisadın İnşası*, çev. Mustafa Acar, Ekrem Erdem ve Metin Toprak, Liberte Yayınları, Ankara 2014, 395.

³²¹ Yerlikaya, 21.

³²² Aktan, 12.

³²³ Aktan, 28.

³²⁴ Tokatlıoğlu, 31.

³²⁵ Yerlikaya, 21.

“Neoliberal” olarak adlandırılan bu dönemde kamu hizmetine konu etkinliğin kendisi önem kazanmıştır³²⁶. Bu dönemin savunucuları, devletin ekonomiye müdahalesine karşı çıkmakla birlikte iç ve dış güvenlik, adalet hizmetleri gibi sınırlı görevler üstlenmesi gerektiği fikrini paylaşmıştır³²⁷. Hatta kamu hizmeti kavramı yerine “asgari hizmet”, “evrensel hizmet” kavramları kullanılmaya başlanmıştır³²⁸. Böylece piyasanın devletin hantal yapısından kurtarılarak, kamu hizmetlerinin amaca uygun, daha hızlı, verimli şekilde sunulacağı düşüncesi hâkim olmuştur³²⁹.

Başlangıçta Büyük Britanya ve ABD’de sosyal devlet-refah devleti anlayışının sorgulanmasına yol açmış olan neoliberal akım, zamanla Avrupa Devletlerinde de devletin ekonomi içindeki payının ve klasik kamu hizmeti sunumunun sorgulanmasına yol açmıştır³³⁰. Böylece kamu hizmetlerinde, devletin mal ve hizmetin doğrudan üreticisi olmaktan çekildiği, ancak çekildiği alanlarda düzenleyici ve denetleyici işlev üstelendiği³³¹, hizmette devamlılık, hız, kalite ve hizmetten yararlananların eşitliğinin

1929 Küresel Ekonomik Krizi ile patlak veren sorunlara çözüm olarak görülen Keynezyen politika bu kez kendisinin yetersiz kaldığı ve 1970’li yıllarda petrol krizinin su yüzüne çıkardığı sorunlar yüzünden yerini yeni liberal akıma terk etmiştir. Bkz. Refik Tiryaki, *Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa*, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, 299. Tan, neoliberal anlayışın XIX. yy klasik liberal anlayıştan çok da farklı olmadığını ifade etmektedir. Bkz. Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, 2.

1970 sonrası dönemin, kamu işletmeciliği ve yönetim kavramları üzerinden yorumlanışı için bkz. Selime Güzelsarı, “Neoliberal Politikalar ve Yönetişim Modeli”, *A.İ.D.*, C:36, 2 Haziran 2003.

³²⁶ Giritli ve diğerleri, 1226.

³²⁷ Neoliberal anlayışın referansı ile de “Anayasal İktisat Kuramı” ortaya çıkmıştır. Anayasal iktisat kuramına göre; devletin sürekli büyümesi bireylerin siyasi ve ekonomik özgürlükleri aleyhinedir. Ekonomik alan siyasetten kurtarılmalı, hantal ve müdahaleci devlet siyasal ve ekonomik olarak küçülmelidir. Bu kurama koşut olarak kamusal yönetim usullerinin terk edildiği, kamu hizmetlerinin piyasalaştırıldığı, kamu personel rejimi yerine sözleşmeli personel statüsünün yaygınlaştırıldığı görülür. Bkz. Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, 8.

³²⁸ Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, 17. Kavramlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 84.

³²⁹ Giritli ve diğerleri, 1226.

Ancak 2008 yılında yaşanan küresel ekonomik krizin sorumlusu olarak da neoliberal politikalar gösterilmiştir. Bunun sebebi küçük fakat etkin olması gereken devletin piyasayı düzenleyici işlevini yeterince yerine getirmemesi olarak gösterilmiştir. Hatta 2008 krizinin ardından pek çok devletin aktif olarak çeşitli piyasalara müdahil olduğu görülmüştür. Örneğin İngiltere, Almanya ve Fransa’da zor durumda olan bankalara devlet tarafından sermaye konularak destek sağlandığı, ABD’de ipotekli ev kredisi piyasasının hükümet kontrolüne alındığı bilinmektedir. Bkz. Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, 9. (23 numaralı dipnot) Ayrıca bkz. Sezen, 37.

³³⁰ Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, 17.

³³¹ Orak; devletin kendisinden ayırdığı işlevler üzerinde denetimi sürdürmek için düzenleyici teşkilat olarak yayılmasını, devlet küçülürken kamunun genişlemesi sebebiyle anakronik bulmaktadır. Bkz. Orak, “Kamu Hizmeti: Tabula Rasa Avrupa Birliği Sürecinde Nasıl Doldurulacak?”, 177. Benzer yönde Sezen; siyasetin etkisizleştirilmesi hedefinin paradoksal sonuçlara yol açtığını söylemektedir. Yazara göre; düzenleyici kurumlarla görünür hale gelen bu paradoksta, bu kurumların özerkliği sebebiyle kaybedilen kontrol, siyasal iktidarlar tarafından bu kez özerkliğin daraltılmaya çalışılması ile sağlanmaya çalışılmaktadır. Bkz. Sezen, 34-35. Ayrıca bkz. Ulusoy, “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi”, 170.

ön plana alındığı yeni bir kamu hizmeti anlayışı ortaya çıkmıştır. Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun kurucu anlaşması olan Roma Antlaşması'nda da ifadesini bulan ve “genel iktisadi yarar hizmetleri” olarak adlandırılan yeni kamu hizmeti anlayışı, Fransız kamu hizmeti anlayışını da etkilemiştir³³². Zira kamu hizmetlerini kamusal rejime dayalı olarak yürüten Fransa ile piyasa ve rekabete önem veren ve kamu hizmetlerinin de bu ilkelere uygun yürütülmesini savunan diğer Avrupa Birliği (AB) ülkeleri arasında yaklaşım farklılığı vardı. Bu farklılık 90'lardan itibaren bağdaştırıcı çözümlerle uyumlulaştırılmıştır³³³.

Dünyayı iktisadi ve siyasi olarak etkileyen neoliberal akım Türkiye'de de Birlik Hukuku'na uygun iktisadi ve siyasi politikalara yol açmıştır. Bu dönüşüm süreci “hukuksal rasyonalite” den “işletmecî rasyonalite” ye geçiş olarak yorumlanmıştır³³⁴. Zira devletin küçültülmesi için özelleştirme girişimleri düzenleme ve icraat bakımından önceki dönemlerden köklü bir ayrışma içeren yeni bir süreci işaret ediyordu³³⁵.

İşte kamu hizmeti imtiyazı dışında yeni yöntem arayışları da bu sürecin bir parçasıdır. Bu anlamda kamu hizmetlerinin özelleştirilmesini içeren bir dizi yasal

³³² Gülan'a göre; AB Hukuku'nda Fransız anlayışı temelinde kamu hizmeti kavramından bilinçli şekilde uzak durularak içeriği belirsiz genel yarar gibi bir kavramının kullanılması, İdare Hukuku'nu liberal talepler ile toplumsal ihtiyaçların dengesini kurmaya çalışan bir özel hukuk dalı haline getirme niyetini göstermektedir. Bkz. Gülan, “Kamu Hizmetlerinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği”, *Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, 151.

³³³ Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku*, 17. Yayla, 99.

Parlamentosunun demiryollarını, posta hizmetini, elektrik üretimini kamu hizmeti olarak sınıflandırdığı Fransa, Avrupa Birliği'nin etkisiyle bugün bu hizmetlerin farklı tanımlarını düşünmek zorunda bırakılmıştır. Nicole Questinaux, “İdare ve Hukuk Kuralı: Fransız Conseil d'État'sının Önleyici Rolü”, çev. Cemil Kaya, *S.Ü.H.F.D.*, 20. Yıl Armağanı, 11 (1-2), 2003, 102.

³³⁴ Tan, “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline”, 307. Ayrıca bkz. Tan, “Dönüşüm Geçiren İdare Hukukunun Uygulama Alanı Da Daralıyor Mu?”, 125.

Ayaydın; Bu dönüşümün yaratacağı yeni hukuk düzeninde; “*silikleşmiş devlet*” ve “*silikleşmiş idare*”nin amaçlanmakta olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Cem Ayaydın, “İdare Hukukçuları İçin Yeni Bir Hukuk Düzeni”, *Erdoğan Teziç'e Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi, No:5, Nisan 2007, 289.

³³⁵ Yerlikaya, 22. Benzer ifade için bkz. Ramazan Çağlayan, “İdare Hukukunda Tahkim Usulü ve Kapsamı”, *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu II*, 120.

Bu yeni sürecin başlangıcı 24 Ocak 1980 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı olarak kabul edilir. (Bkz. 25.01.1980 tarih ve 16880 sayılı mükerrer R.G.) 24 Ocak Kararları ile serbest piyasa ekonomisini esas alan, dışa açık, ihracata dayalı büyüme ve sanayileşme politikası benimsenmiştir. Klasik olarak devlet tarafından sunulan kamu hizmetlerinin özel kişi tarafından yerine getirilmesini temin etmek ve yeni yapılacak yatırım alanlarına da yerli ve daha çok yabancı özel girişimciyi çekerek yatırımların kamusal finansman yerine özel finansmanla yapılması amaçlanmıştır. Böylece devletin bütçe imkânlarının zorlanmadığı, rekabetçi ve neoliberal bir ekonomik model ve bu modelin hukuki zeminini oluşturacak bir dizi yasal faaliyetle yeni bir dönem başlamıştır. Ayrıca bkz. Fikret Başkaya; *Devletçilikten 24 Ocak Kararlarına Türkiye Ekonomisinde İki Bunalım Dönemi*, Öteki Yayınevi, İstanbul Mart 2015.

faaliyet dikkati çeker³³⁶. Böylece Menafii Umumiyyeye Mûteallik İmtiyazat Hakkında Kanun'un genel düzenleyici niteliği, Kanun ilga edilmemekle birlikte bir kenara bırakılmıştır. Özel yasal düzenlemeler ile imtiyaz usulünden farklı yeni sözleşme yöntemleri ortaya konulmuştur³³⁷. Bu sözleşmelerde yeni sözleşme tipleri oluşturacak unsurların bulunup bulunmadığı ve bu sözleşmelere yer veren özel yasal düzenlemelerin idari sözleşme rejimi ve bilhassa imtiyaz sözleşmelerine ilişkin hukuki rejimden farklılaşmayı gerektirip gerektirmeyeceği Türk hukukunda uzun müddet tartışılmıştır. Bu tartışma hem imtiyaz sözleşmesi algısının hem de yasa koyucunun takdir alanının Anayasal sınırlarının yeniden sorgulanmasına yol açmıştır. Bu sözleşme tiplerinden biri aşağıda yer alacak olan görevlendirme sözleşmeleridir.

2.2.2. Görevlendirme Sözleşmeleri

2.2.2.1. 3096 Sayılı Kanun'a Göre Yapılan Görevlendirme Sözleşmeleri

1910 yılından 1984 yılına kadar “Menafii Umumiyyeye Mûteallik İmtiyazat Hakkında Kanun” dışında özel sektöre kamu hizmeti olarak devlet tarafından yürütülen çeşitli faaliyet alanlarında yatırım yapma ve hizmeti işletme imkânı veren başka bir yasal düzenleme yoktu³³⁸. 04.12.1984 tarih ve 3096 sayılı Kanun³³⁹ ile ilk kez bu imkân sağlanmış oldu. Kanun ile o tarihe dek Türkiye Elektrik Kurumu³⁴⁰ (TEK) tarafından tekel olarak yürütülen elektrik kamu hizmetinin TEK dışındaki kuruluşlar tarafından da 3096 sayılı Kanun'a göre yürütülmesi mümkün hale gelmiştir. Buna göre TEK dışındaki kuruluşların elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmesi 3096 sayılı Kanun'a göre yapılacaktır. Kanun, 1326 sayılı Menafii Umumiyyeye Mûteallik İmtiyazat Hakkında Kanun'un aksine sermaye şirketi statüsündeki yerli ve

³³⁶ Bu yasal faaliyetlerin; “sinsi özelleştirme” (creeping privatization) kavramıyla yorumlanması için bkz. Uğur Kara, *Sosyal Devletin Yükselişi ve Düşüşü*, Karahan Kitabevi, Adana, Ekim 2013, 270. Özelleştirme çalışmalarının tarihi gelişimi ve özelleştirme modeline geçiş kanunları hakkında detaylı bilgi için bkz. Polatkan, 41-71.

³³⁷ Tan, “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline”, 308.

³³⁸ Kalabalık, 276.

³³⁹ Bkz. 19.12.1984 tarih ve 18610 sayılı R.G.

³⁴⁰ TEK, 1993 yılında Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi (TEAŞ) ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi (TEDAŞ) olarak ikiye ayrılmıştır. Bkz. 12.08.1993 tarih ve 93/4789 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı. TEAŞ da 2001 yılında Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. (TETAŞ), Elektrik Üretim A.Ş. (EÜAŞ) ve Türkiye Elektrik İletim A.Ş. (TEİAŞ) olmak üzere üç ayrı Kamu İktisadi Teşekkülü olarak yeniden yapılandırılmıştır. Bkz. 05.02.2001 tarih ve 2001/2026 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.

yabancı şirketlerin elektrik kamu hizmetini yürütmeye görevlendirilebilmesini mümkün kılmıştır³⁴¹. Kanun, görevlendirmeye ilişkin sözleşmeleri iki değişik biçimde düzenlemiştir. Bunlardan biri; özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketleri ile elektrik üretim, iletim, dağıtım tesisleri kurma ve bu tesisleri işletme konusunda verilecek müsaade üzerine yapılacak “görev(lendirme) sözleşmeleri” diğeri ise kamu kurum ve kuruluşlarına ait elektrik üretim, iletim, dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere verilmesine dair “işletme hakkı verilmesi sözleşmeleri” dir³⁴². Bu iki durum ayrı ayrı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisleri Kurma ve İşletme İzni verilmesini Belirleyen Yönetmelik³⁴³” ve “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretimi İletimi Dağıtım ve Ticareti Konusunda Görev Verilmesi Esasları Hakkında Yönetmelik³⁴⁴” ile de düzenlenmiştir.

Kanun’a göre; Devlet Planlama Teşkilatı’nın³⁴⁵ (DPT) görüşünü de içeren Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı’nın önerisi üzerine, Bakanlar Kurulu önceden yönetmelikle belirlenen görev bölgelerinde elektrikle ilgili hizmet vermek üzere kurulmuş sermaye şirketlerine elektrik üretim, iletim, dağıtım tesislerinin kurulması ve işletilmesi ile ticaretinin yaptırılmasına karar verebilmektedir. Bundan sonra Bakanlar Kurulu kararı çerçevesinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile görevli şirket arasında “üretim tesisi kurma ve işletme sözleşmesi” yahut “işletme hakkı verilmesi sözleşmesi” imzalanabilecektir³⁴⁶.

3096 sayılı Kanun görevlendirilecek şirket ile Bakanlık arasında imzalanacak sözleşmenin en fazla 99 yıl süreli olacağını, sözleşme süresinin sonunda tüm tesisler ve

³⁴¹ Menafii Umumiyye Muteallik İmtiyazat Hakkında Kanun’da ise; İmtiyazın yalnız Türk (Osmanlı) anonim şirketi statüsünde şirketlere verilebileceği yazıyordu. “Madde 7: İmtiyaz, sözleşme ve şartnamelerinde belirlenen süreler içinde her halde Osmanlı kanun ve tüzüklerine tabi Osmanlı anonim şirketlerine devredilecektir.”

³⁴² Bkz. Kanun’un 3. 4. ve 5. maddeleri.

Aslında Kanun’a uygun olarak yapılacak sözleşmelerin bütünü görevlendirme sözleşmeleridir. Görevlendirme sözleşmelerinin de kendi içinde iki biçimde isimlendirilmesinde Turgut Tan tarafından yapılan isimlendirme esas alınmıştır. Diğer yazarlar tarafından yapılan isimlendirmeler aşağı yukarı aynıdır.

³⁴³ Bkz. 04.09.1985 tarih ve 18858 sayılı R.G.

³⁴⁴ Bkz. 23.02.1987 tarih ve 19381 sayılı R.G.

³⁴⁵ 03.06.2011 tarih ve 641 sayılı “Kalkınma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” ile Kalkınma Bakanlığı kurularak DPT lağvedilmiştir.

³⁴⁶ Bkz. Kanun’un 3. maddesi. Bkz. Tan, “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline”, 314. Günday, *İdare Hukuku*, 356.

taşınır ve taşınmaz malların her türlü borç ve taahhütten ari olarak bedelsiz idareye geçeceğini hükme bağlamıştır³⁴⁷.

İdareye görevli şirketin acze düşmesi yahut sözleşme şartlarını ihlal etmesi halinde süresi dolmadan sözleşmeyi tek yanlı olarak fesih yetkisi tanınmıştır³⁴⁸. Yine enerji satış tarifelerinin Bakanlığın onayı ile yürürlüğe gireceği³⁴⁹, kamulaştırma gereksinimi ortaya çıkarsa kamulaştırma bedeli görevli şirket tarafından ödenmek kaydıyla görevli şirket lehine kamulaştırma yapılabileceği de öngörülmüştür³⁵⁰.

Kanun'a göre imzalanacak sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde oldukları, Kanun'un geçici maddelerinde zımnen ifadesini bulmuştur³⁵¹. Zira Kanun'un, yürürlüğe girdiği tarihte bu alanda faaliyette bulunan imtiyaz sahibi şirketlerin süresinde başvurmaları halinde görev şirketine dönüşeceklerini ve imtiyaz sözleşmeleri sona ermiş olan şirketlere de bu Kanun'a göre yeniden görev verme konusunda Bakanlar Kurulunun yetkili olacağını hükme bağlaması, 3096 sayılı Kanun'un nitelikçe imtiyaz olan sözleşmeler için imtiyaz usulü yerine geçecek yeni bir usul getirmeyi amaçladığı şeklinde yorumlanmıştır³⁵².

Kanun'un kendisine uygun yapılan sözleşmelerin hukuki niteliğine dair açık bir hüküm içermemesi karşısında düşünülen tereddüt sebebiyle, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Başbakanlık aracılığı ile Danıştay'dan istişari görüş talebinde bulunmuştur. Konuyu inceleyen Danıştay 1. Dairesi; *"(...) konusu kamu hizmeti olan bu sözleşmelerin idari karakterde olduğu kadar kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini diğer idari sözleşmelerden ayıran (...) tüm unsurları taşı(dığını),"* imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarını incelemek görevinin de Anayasa'nın 155. maddesine göre Danıştay'a ait olduğunu belirtmiştir. Görüşün devamında; *" (...) Bu görevin Anayasa ile Danıştay'a verilmiş olması ve Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi karşısında, 3096 sayılı Kanun'la konunun özel olarak düzenlenmiş olduğundan söz edilerek üretim ve görev şirketine ilişkin sözleşmelerin Danıştay'ca incelemesine gerek bulunmadığı ileri*

³⁴⁷ Bkz. madde 7.

³⁴⁸ Bkz. madde 8.

³⁴⁹ Bkz. madde 9.

³⁵⁰ Bkz. madde 11.

³⁵¹ Bkz. Kanun'un Geçici 2 ve 3. maddeleri.

³⁵² Tan, "Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline", 314.

sürülemez.³⁵³” ifadeleriyle bu sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olduğunu kabul etmiştir.

Aynı tarihlerde açılan bir davada da Danıştay 10. Dairesi; TEK’e ait bulunan işletme haklarının 30 yıl süre ile Aktaş Elektrik Ticaret A.Ş.’ye devrine ilişkin sözleşmenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğunu söylemiş ve Danıştay incelemesinden geçirilmeden yürürlüğe konulan sözleşmeyi iptal etmiştir³⁵⁴. Danıştay’ın bu yaklaşımının ardından 22.02.1994 tarih ve 3974 sayılı Kanun çıkarılarak Kanun’un Ek 5. maddesi ile; “Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren İktisadi Devlet Teşekküllerinin bu Kanun’a dayanarak veya diğer kanunların özel sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmelerini veya mevcutların işletme haklarını devralmalarını öngören hükümlerine göre üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olup, imtiyaz teşkil etmeyeceği” hüküm altına alınmıştır. Böylece 3096 sayılı Kanun’da hukuki niteliği açıkça belirtilmeyen sözleşmelerin, ilk kez 3974 sayılı Kanun’la Danıştay Kararlarıyla aksi yönde olarak özel hukuk sözleşmeleri olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu gelişme üzerine 3974 sayılı Kanun’un ek 5. maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesi’nde dava açılmıştır. Açılan davada Anayasa Mahkemesi ek madde 5’in;“(…) özelleştirme ile ilgili idarî nitelikteki sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine bağlı tutarak idarî yargı denetimi dışına çıkaran içeriğiyle Anayasa’nın 2., 11., 37. ve 125. maddelerine aykırı” olduğuna ve sözleşmenin imtiyaz olup olmadığının yasaya bakılarak değil sözleşmenin niteliğine bakılarak tespit edileceği ve bu Kanun’a göre yapılan sözleşmelerin de imtiyaz sözleşmelerinden başka bir şey olmadığı, bu sebeple “(...) sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olmadığını belirterek Danıştay öndenetimi dışına çıkaran içeriği nedeniyle ek 5. madde(nin) Anayasa’nın 155. maddesine (de) aykırı” olduğu gerekçeleri ile iptaline karar vermiştir³⁵⁵. Bu esnada 08.06.1994 tarih ve 3996 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun³⁵⁶” da yürürlüğe konulmuş ve Kanun, 3096 sayılı Kanun kapsamında olan “elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı” konularını kendi kapsamına almıştır.

³⁵³ Bkz. Danıştay 1.D.; E.1992/232, K.1992/294, K.T: 24.09.1992, *Danıştay Dergisi*, y:23, s:87, 33-40.

³⁵⁴ Bkz. Danıştay 10.D.; E.1991/1, K.1993/1752, K.T: 29.04.1993; *Danıştay Dergisi*, y:24, s:88, 465-466.

³⁵⁵ Bkz. AYM; E. 1994/43, K. 1994/42-2, K.T: 09.12.1994. Bkz. 24.01.1995 tarih ve 22181 sayılı R.G.

³⁵⁶ Bkz. 13.06.1994 tarih ve 21959 sayılı R.G.

3996 sayılı Kanun'un 5. maddesinde de bu Kanun kapsamındaki konularla ilgili idare ile özel hukuk kişisi arasında yapılacak sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeyeceği ve özel hukuk hükümlerine tabi olacağı düzenlenince, 3096 sayılı Kanun'a göre yapılan görevlendirme sözleşmeleri bir kez daha imtiyaz sözleşmesi olmaktan çıkmış ve Danıştay'ın ön incelemesi ve yargısal denetimi dışına çıkarılmıştır. Ancak bu madde de Anayasa Mahkemesi'nde açılan davada aynı gerekçelerle iptal edilmiştir³⁵⁷. Bunun üzerine 3996 sayılı Kanun'un Kapsam başlıklı 2. maddesinden “elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı” ibaresi çıkarılmış ve bu sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliği açıklık kazanmıştır. Bu tarihten sonra idare ile özel kişi arasında yapılan sözleşme taslakları ön inceleme için Danıştay'a gönderilmiş, Danıştay incelemesinden sonra yürürlüğe konulmuştur³⁵⁸.

3096 sayılı Kanun'a göre yapılan görevlendirme sözleşmelerinin hukuki niteliği konusunda yasama ve yüksek yargı arasında yaşanan çatışma, konunun öğretide de tartışılmasına yol açmıştır. Bu bakımdan Günday; görevlendirme sözleşmelerinin Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği gibi imtiyaz sözleşmelerinden başka bir şey olmadığı değerlendirmesinde bulunmuştur. Duran; 3096 sayılı Kanun'a göre yapılan sözleşmelerden elektrik üretim tesisi kurup, işletmeye ilişkin yapılacak görevlendirme sözleşmelerinin kamu hizmetine ilişkin bir tesisin hem kurulması hem de işletilmesini içermesi bakımından “bayındırlık imtiyazı” olarak nitelendirmiş, işletme hakkının verilmesine ilişkin sözleşmeleri ise “kamu hizmeti imtiyazı” olarak nitelendirmiştir³⁵⁹. Ancak ister kamu hizmeti imtiyazı isterse bayındırlık imtiyazı şeklinde olsun her halde kamu hizmetlerine ilişkin olan bu imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesi zorunludur. Bu sebeple Duran 3096 sayılı Kanun'la getirilen sistemi yerli ya da yabancı sermayeyi kayıran karma bir rejim oluşturmaya çalışmak olarak görmüştür³⁶⁰. 3096 sayılı Kanun kapsamında yapılacak görevlendirme sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin farklı bir görüş de Özay tarafından ortaya konulmuştur. Özay; Danıştay'ın Aktaş davasına ilişkin kararından

³⁵⁷ AYM; E. 1994/71, K. 1995/23, K.T: 28.06.1995; 20.03.1996 tarih ve 22586 sayılı R.G.

³⁵⁸ Gözübüyük ve Tan, 504. Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararlarının, uygulanmayarak veya iptal edilen yasanın, Yasama tarafından aynı biçimiyle yeniden kabul edilmek suretiyle etkisiz kılınmasına yönelik eleştirileri için bkz. Azrak, “Türkiye’de İdari Yargının Bağımsızlığı”, A.Y.D., C:25, 2008. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/yayinlar/anayasayarg%C4%B1s%C4%B1.html>. ErişimTarihi:12.09.2015.

³⁵⁹ Duran, “Yap-İşlet-Devret”, 155.

³⁶⁰ Duran, “Yap-İşlet-Devret”, 154-155.

hareketle 3096 sayılı Kanun’a göre yapılan ve ilk bakışta imtiyaz sözleşmesi izlenimi yaratan “işletme hakkı devir sözleşmeleri”nin aslında “müşterek emanet sözleşmeleri” olduğunu iddia etmiştir³⁶¹. Hukuki kurum ve ilişkilerin her somut olayda içerikleri irdelenerek gerçek niteliklerinin bulunabileceği düşüncesi ile Özay, ortaya çıkan sözleşme hükümlerinin incelenerek hukuki niteliklerinin belirlenmesi gerektiğini söylemiştir³⁶².

Tan ise, 3096 sayılı Kanun’a göre yapılan sözleşmelerin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden çok da farklı olmadığını ifade etmişse de³⁶³ sonraki tarihli eserlerinde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin kendisinin ayırıcı unsurlarını kaybettiğini, bu sebeple bu sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olarak nitelendirilmelerinin gelişmelere kapalı tutucu bir yaklaşım olacağı değerlendirmesinde bulunmuştur³⁶⁴. Bununla birlikte, bu sözleşmelerin idari sözleşme olduğu konusunda öğretide görüş birliği vardır³⁶⁵. Hal böyle iken Anayasa’nın 47. maddesinde 1999 yılında yapılan değişikliğin ardından elektrik kamu hizmetinin özel girişim tarafından yürütülmesine ilişkin sözleşmeler 4493 sayılı Kanun ile yeniden 3996 sayılı Kanun kapsamına alınıp, 4493 sayılı Kanun kapsamında yapılacak sözleşmeler de özel hukuk sözleşmesi sayılınca görevlendirme sözleşmeleri tekrar yap-işlet-devret sözleşmelerine dönüşerek özel hukuk sözleşmesi olmuştur. Fakat bugün 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun³⁶⁶ yürürlüğe girmesi ile elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticaretine ilişkin sözleşme yöntemine son verilmiştir. 6446 sayılı Kanun, ilga ettiği 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun³⁶⁷ yürürlükte olduğu dönemde bu Kanun’un 5539 sayılı Kanunla değişik 3. maddesinin özel hukuk sözleşmesi olarak görmeye devam ettiği sözleşmeleri ortadan kaldırmış ve lisans yöntemini benimsemiştir³⁶⁸. Fakat 6446 sayılı Kanun, 3/ü maddesi ile Kanun’un yürürlük tarihinden önce 3096 sayılı Kanun’la, 3996 sayılı

³⁶¹ Özay, “Ortak Yararlı İşletme Ya Da Nam-ı Diğer “Müşterek Emanet”, 69-70.

³⁶² Özay, “Ortak Yararlı İşletme Ya Da Nam-ı Diğer “Müşterek Emanet”, 69.

³⁶³ Tan, “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap- İşlet-Devret Modeline”, 314.

³⁶⁴ Tan, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, 302. Tan, “İdare Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri”, *Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu*, Ankara 19 Haziran 1996, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 29.

³⁶⁵ Bkz. Duran, Yap- İşlet-Devret, 154-155. Özay, “Ortak Yararlı İşletme Ya Da Nam-ı Diğer “Müşterek Emanet”, 55. Tan, “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap- İşlet-Devret Modeline”, 314. Gözler, II, 409. Ayanoğlu, 71. Ümit Akın, “Elektrik Üretim ve Dağıtım Tesislerinin İşletme Hakkının Devri ve İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri”, *Danıştay Dergisi* s:102, 41.

³⁶⁶ Bkz. 30.03.2013 tarih ve 28603 sayılı R.G.

³⁶⁷ Bkz. 03.03.2001 tarih ve 24335 sayılı R.G.

³⁶⁸ Giritli ve diğerleri, 1337. Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2014, 571.

Kanun’a göre yapılan sözleşmelerin ve yine bu konuda yapılan imtiyaz sözleşmelerinin geçerliliğini de bunları “mevcut sözleşme” sayarak yasal güvence altına almıştır³⁶⁹.

2.2.2.2. 3465 Sayılı Kanun’a Göre Yapılan Görevlendirme Sözleşmeleri

3096 sayılı Kanun’un ardından 28.05.1988 tarihinde 3465 sayılı “Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun³⁷⁰” özel hukuk hükümlerine tabi olan sermaye şirketlerinin otoyollar ile bunlar üzerinde yolculukla ilgili tüm hizmet tesisinin yapım, bakım ve işletilmesi ile görevlendirilmesine ilişkin olarak yürürlüğe konulmuştur.

Görevlendirmeye ilişkin sözleşmeler en fazla 49 yıl için yapılabilecektir. Görev süresi sonunda otoyol ve diğer tüm tesis her tür borç ve taahhütten ari olarak Karayolları Genel Müdürlüğü’ne bedelsiz olarak geçecektir. 3465 sayılı Kanun da idareye görevli şirketin acze düşmesi yahut sözleşme şartlarını ihlal etmesi halinde süresi dolmadan sözleşmeyi tek yanlı olarak fesih yetkisi tanınmıştır. Otoyol geçiş ücretleri tarifesi görevli şirketin istemi, Karayolları Genel Müdürü’nü önerisi üzerine ilgili Bakan onayı ile belirlenecektir. Ayrıca Kanun, otoyol ve tesisler için gerekli kamulaştırmaların Genel Müdürlük adına ve Genel Müdürlük tarafından yapılacağını, ancak kamulaştırma bedelinin kısmen veya tamamen görevli şirket tarafından ödenmesinin sözleşmede kararlaştırılabileceğini de hüküm altına alınmıştır. 3096 sayılı Kanun’a çok benzer bir sistem öngören 3465 sayılı Kanun kapsamında yapılacak görevlendirme sözleşmeleri de öğretide imtiyaz sözleşmeleri ve idari sözleşme olarak nitelendirilmiştir³⁷¹. Duran³⁷² ve Tekinsoy³⁷³ ise bayındırlık imtiyazı nitelendirmesinde bulunmuştur.

³⁶⁹ Gözler ve Kaplan, 571.

³⁷⁰ Bkz. 02.06.1988 tarih ve 19830 sayılı R.G.

³⁷¹ Bkz. Gözler, II, 453; Günay, *İdare Hukuku*, 358; Tan, “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline”, 315.

³⁷² Duran, “Yap-İşlet-Devret”, 157.

³⁷³ Tekinsoy, *İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri*, 189.

2.2.2.3. 406 Sayılı Kanun’a Göre Yapılan Görevlendirme Sözleşmeleri

1980’li yılların ortalarına kadar pek çok ülkede kamu hizmeti olarak görülen telekomünikasyon hizmetleri II. Dünya Savaşının ardından ulusal güvenlikle ilgili endişeler ve yüksek maliyet gerektirmesi sebebiyle devletler tarafından doğrudan tekel olarak yürütülmüştür³⁷⁴.

Türk Hukukunda da -Osmanlı Devleti zamanında posta telgraf ve telefon hizmetlerinin imtiyaz sözleşmesi yoluyla yabancı özel şirketler tarafından yerine getirilmesi bir kenara bırakılırsa³⁷⁵ - Cumhuriyet Döneminde diğer pek çok hizmet gibi bu hizmetin de doğrudan devlet tarafından yerine getirilmesi esası kabul edilmiştir³⁷⁶. Bu amaçla 21.02.1924 tarih ve 406 sayılı “Telgraf ve Telefon Kanunu”³⁷⁷ kabul edilmiş, 1936 tarih ve 2290 sayılı Kanunla da Posta ve Telgraf İdaresi kurulmuştur. Başlangıçta ülke düzeyinde telekomünikasyon hizmetlerini yerine getirmekle görevlendirilen ve Ulaştırma Bakanlığı’na bağlanan P.T.T. Kurumu daha sonra 6145 sayılı Kanun ile iktisadi devlet teşekkülü olarak tekrar düzenlenmiştir³⁷⁸. Ancak 10.06.1994 tarih ve 4000 sayılı Kanun³⁷⁹ ile posta ve telgraf tesisi ve işletmesine ilişkin hizmetler için Posta İşletmesi Genel Müdürlüğü görevlendirilmiş, telekomünikasyon hizmetleri için ise 233 sayılı KHK³⁸⁰ ile bir kamu iktisadi teşebbüsü (KİT) olarak kurulmuş olan Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi görevlendirilmiştir³⁸¹. Böylece Telekomünikasyon hizmetleri bir kamu tüzel kişisi olan Türk Telekom A.Ş. tarafından devlet adına tekel olarak yerine getirilmiştir³⁸². 2000’li yıllara gelindiğinde ise önce 27.01.2000 tarih ve 4502 sayılı Kanun³⁸³ ve sonrasında 16.6.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanun³⁸⁴ ile Türk Telekom A.Ş.’nin kamu iktisadi kuruluşu statüsüne son verilmiş³⁸⁵,

³⁷⁴ Bülent Kent, “Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı”, *G.Ü.H.F.D.*, 15 (2), 2012, 175.

³⁷⁵ Tan, “Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, 299.

³⁷⁶ Azrak, *Millileştirme ve İdare Hukuku*, 205. Gülan, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, 98.

³⁷⁷ Bkz. 21.02.1924 tarih ve 59 sayılı R.G.

³⁷⁸ Bkz. 17.07.1953 tarih ve 8460 sayılı R.G.

³⁷⁹ Bkz. 18.06.1994 tarih ve 21964 sayılı R.G.

³⁸⁰ Bkz. 18.06.1984 tarih ve 18435 sayılı R.G.

³⁸¹ 4000 sayılı Yasa’nın 1. maddesinde; “Posta ve telgraf tesis ve işletmesine ilişkin hizmetler T.C. Posta İşletmesi Genel Müdürlüğüne (P.İ.), telekomünikasyon hizmetleri ise Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi (Şirket) tarafından yürütülür.” denilerek telekomünikasyon hizmetleri ile posta ve telgraf hizmetleri birbirinden ayrılmıştır.

³⁸² Atalı, 323.

³⁸³ Bkz. 29.01.2000 tarih ve 23948 sayılı R.G.

³⁸⁴ Bkz. 02.07.2004 tarih ve 25510 sayılı R.G.

sonrasında da Türk Telekom özelleştirilmiştir³⁸⁶. 4502 sayılı Kanun ile telekomünikasyon sektöründe düzenlemeler yapmak üzere idari ve mali özerkliğe sahip Telekomünikasyon Kurumu'nun³⁸⁷ kurulması da düzenlenmiştir. Telekomünikasyon Kurumu'nun kurulmasının ardından telekomünikasyon hizmetlerinin Türk Telekom tarafından tekel olarak sunulması dönemi sona ermiştir.

Telekomünikasyon Kurumu 4502 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra bir özel hukuk kişisi olan Türk Telekom A.Ş. ile telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi için "görev sözleşmeleri" yapmıştır³⁸⁸. Kurum, Türk Telekom A.Ş. dışında diğer işletmecilerle de telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin sözleşmeler yapmıştır. Hem Türk Telekom A.Ş. ile yapılan görev sözleşmeleri hem de diğer işletmecilerle yapılan sözleşmeler imtiyaz sözleşmeleridir³⁸⁹. Telekomünikasyon Kurumu, kamu düzeni ve kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya, ağır kusur halinde bu imtiyaz sözleşmelerini feshetmeye yetkili kılınmıştır³⁹⁰.

05.11.2008 tarih ve 5809 sayılı "Elektronik Haberleşme Kanunu"³⁹¹ ile görev ve imtiyaz sözleşmesi uygulamasına son verilmiş, "yetkilendirme" usulüne geçilmiştir³⁹².

³⁸⁵ 406 sayılı Kanun'un 4502 sayılı Kanunla değişik 1. maddesine göre; "*Türk Telekom bu Kanun ve özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirkettir. Kamu iktisadi teşebbüslerinin kuruluş, teşkilat ve faaliyetleri ile ilgili mevzuat Türk Telekom'a uygulanmaz*" 4502 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesi ile de; "*"Türk Telekomünikasyon A.Ş." 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ekindeki "B-Kamu İktisadi Kuruluşları (KİK)" bölümünde yer alan kuruluşlar listesinden çıkarılmıştır*".

³⁸⁶ 01.07.2005 tarihinde Türk Telekom'un %55 hissesi için en yüksek teklifi Oger Telecoms Ortak Girişim Grubu vermiştir. Türk Telekom'un %55 oranındaki hissesinin blok olarak satışına ilişkin ihalenin sonucu, 25.07.2005 tarih ve 9146 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanmış ve 02.08.2005 tarih ve 25894 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Oger Telecoms Ortak Girişim Grubu ile Hisse Satış Sözleşmesi 24 Ağustos 2005 tarihinde imzalanmıştır. Sözleşmelerin imzalanmasından sonra, Türk Telekom'un %55 oranındaki hissesi Oger Telekomünikasyon A.Ş.'ye devredilmiş ve Türk Telekom bir kamu şirketi olmaktan çıkmıştır. Türk Telekom ve Telekomünikasyon Kurumu arasında aynı gün imtiyaz sözleşmesi de imzalanmıştır. Bkz. http://www.oib.gov.tr/telekom/turk_telekom.htm. Erişim Tarihi: 25.09.2015.

³⁸⁷ Telekomünikasyon Kurumu'nun adı, 10.11.2008 tarih ve 5809 sayılı "Elektronik Haberleşme Kanunu" ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu olarak değiştirilmiştir.

³⁸⁸ Gözler, II, 410.

Bkz. 406 sayılı Kanun'un 1. maddesine 4502 sayılı Kanunla ek tanımlar; görev sözleşmesi, GSM görev sözleşmesi (5809 sayılı Kanunla mülga)

³⁸⁹ 406 sayılı Kanun'un 1. maddesine 4502 sayılı Kanunla ek tanım; imtiyaz sözleşmesi (5809 sayılı Kanunla mülga).

³⁹⁰ Telekomünikasyon Kurumu'nun kurulması ile 2001 tarih ve 4673 sayılı Kanunla 406 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikte; değişiklik öncesi Ulaştırma Bakanlığı'na ait olan görev ve imtiyaz sözleşmesi yapma yetkileri ve göreve ait diğer düzenlemelerle ilgili her tür göreve ilişkin atıfların Telekomünikasyon Kurumu'na yapılmış sayılması öngörülmüştür. Bkz. 4673 sayılı Kanunla değişik 406 sayılı Kanun ek madde 27 (5809 sayılı Kanunla mülga) ve madde 2/f (5809 sayılı Kanunla mülga).

³⁹¹ Bkz. 10.11.2008 tarih ve 27050 sayılı R.G

Ancak 5809 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesine göre; “*Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce Kurumla imzalanmış olan görev ve imtiyaz sözleşmeleri; süre bitimi, fesih, iptal veya başkaca herhangi bir nedenle sona ermelerine kadar mevcut hükümleri uyarınca geçerliliklerini devam ettirirler*”. Böylece Telekomünikasyon Kurumu ile yapılan görev ve imtiyaz sözleşmeleri bugün de “mevcut sözleşme” olarak varlığını sürdürmektedir.

2.2.2.4. 6475 Sayılı Kanun’a Göre Yapılan Görevlendirme Sözleşmeleri

Osmanlı Devleti’nde 1840 yılında Posta Nezaretinin kurulması ile başlayan posta hizmetleri, Cumhuriyet Döneminde önce İç İşleri Bakanlığına sonra Ulaştırma Bakanlığına bağlı olarak P.T.T. İdaresi tarafından yerine getirilmiştir³⁹³. Kurum, 1984 yılında 233 sayılı KHK ile bir KİT olarak yapılandırılmış böylece “T.C. Posta İşletmesi Genel Müdürlüğü” adıyla posta hizmetlerini devlet adına tekel olarak yürütmekle görevlendirilmiştir. 1994 tarih ve 4000 sayılı Kanun ile de posta ve telgraf tesis ve işletmesine ilişkin hizmetlerin “T.C. Posta İşletmesi Genel Müdürlüğü”, telekomünikasyon hizmetlerinin ise “Türk Telekomünikasyon A.Ş.” tarafından yürütüleceği hükme bağlanmıştır. 2000 yılında 4502 Sayılı Kanun’un 24. maddesi ile kurum, “T.C. Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü” (P.T.T.) olarak isimlendirilmiştir. Nihayet 09.05.2013 tarih ve 6475 Sayılı “Posta Hizmetleri Kanunu”³⁹⁴ ile kurum bu kez “Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi” adını almıştır. P.T.T., P.T.T. A.Ş. adını almış olsa da Türk Telekom A.Ş. gibi KİT statüsüne son verilmemiş ve özelleştirilmemiştir³⁹⁵. P.T.T. A.Ş. bugün de KİT olma özelliğini koruyan bir kamu kurumudur. Bununla birlikte Kurum’un kamu iktisadi kuruluşu mu yoksa iktisadi devlet teşekkülü mü olduğu tartışmalıdır. Zira 6475 sayılı Kanun’un açık hükmü gereği kurum, kamu iktisadi kuruluşları arasından çıkarılmış³⁹⁶ ve fakat ilk kez

³⁹² Yetkilendirme usulü; “Elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlanmasını teminen şirketlerin, Kurum nezdinde kayıtlanmasını veya kayıtlanmasıyla birlikte bu şirketlere elektronik haberleşme hizmetlerine özel, belirli hak ve yükümlülükler verilmesini” ifade etmektedir. Bkz. 5809 sayılı Kanun madde 3.

³⁹³ Sezin Öztoprak, “6475 Sayılı Posta Hizmetleri Kanunu ile Yeniden Yapılandırılan Posta Hizmetleri Teşkilatı; “PTT A.Ş.”, 380. <http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/tekmakale/2014-2/13.pdf> Erişim Tarihi: 03.11.2015.

³⁹⁴ Bkz. 23.05.2013 tarih ve 28655 sayılı R.G.

³⁹⁵ 6475 sayılı Kanun madde 21/2’de; PTT A.Ş.’nin sermayesinin tamamının Hazine’ye ait olduğu hüküm altına alınmıştır.

³⁹⁶ Bkz. 6475 sayılı Kanun madde 31/3.

bu Kanunla evrensel posta hizmetleri³⁹⁷ olarak ifade edilmiş olan hizmetlerden bir kısmını tekel olarak yürütecek evrensel posta hizmeti yükümlüsü³⁹⁸ olarak belirlenmiştir³⁹⁹. Kurum, tekel niteliği taşımayan evrensel posta hizmetleri bakımından ise sektörde faaliyet gösteren özel şirketlerle eşit koşullarda rekabet içerisinde olacaktır⁴⁰⁰.

6475 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre; P.T.T. A.Ş. evrensel posta hizmetini, bu hizmetin yükümlüsü olarak, Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumu (B.T.K.) ile yapacağı "görev sözleşmesi" ile yerine getirecek, P.T.T. A.Ş. dışında evrensel posta hizmeti sağlayıcısı olacak diğer işletmeciler ise "yetkilendirme" usulü ile yani B.T.K.'dan alacakları yetki belgesi ile bu hizmetin yürütücüsü olabileceklerdir. P.T.T. A.Ş. tarafından B.T.K. ile yapılacak görev sözleşmesinin niteliği Kanun'da açıkça belirtilmemiş olsa da imtiyaz sözleşmesidir. Zira Kanun'un geçici 3. maddesiyle; görev sözleşmesinin, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki ay içinde düşüncesi alınmak üzere Danıştay'a gönderileceği, sözleşmenin Danıştay'ın görüşünü müteakip, P.T.T. ile Kurum arasında imzalanarak yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır. Bu sebeple P.T.T. A.Ş. ile B.T.K. arasında imzalanacak sözleşme tipik bir imtiyaz sözleşmesi ve idari sözleşme⁴⁰¹ olacaktır.

³⁹⁷ 6475 Sayılı Kanun madde3/g'ye göre evrensel posta hizmeti; "Belirlenmiş ilke ve kurallar çerçevesinde, bir posta hizmetinin coğrafi alan farkı gözetilmeksizin ülke sınırları içerisinde tüm kullanıcılar için karşılanabilir ücretlerle kesintisiz olarak sağlanması" olarak tanımlanmıştır.

³⁹⁸ Bkz. 6475 sayılı Kanun madde 3(h)

³⁹⁹ Posta hizmetleri alanında yapılan bu düzenleme de AB uyum sürecinde Birlik hukuku ile mevzuatı uyumlaştırma amacıyla gerçekleştirilmiştir. "AB'de esas olarak; 1992 tarihinde "Yeşil Kitap" ın yayımlanmasını müteakip, 1997'de 97/67/EC Sayılı Birinci Posta Direktifi, 2002'de 2002/39/EC Sayılı İkinci Posta Direktifi ve en son 2008'de 2008/6/EC Sayılı Üçüncü Posta Direktifi ile başlayan posta hizmetlerinin kademeli şekilde rekabete açılması yönünde düzenlemeler yapılmıştır. Söz konusu direktiflerde; evrensel posta hizmetinin tanımı, içeriği ve niteliklerine yer verilerek; posta sektörünün rekabete açılması için yapılması gerekenler vurgulanmış ve üye devletlere ulusal mevzuatta gerekli düzenlemeleri yapmak hususunda 2013 yılına kadar süre verilmiştir." Öztoprak, 379.

⁴⁰⁰ P.T.T. A.Ş. 6475 sayılı Kanunla kamu iktisadi kuruluşları arasından çıkarılmış ve fakat iktisadi devlet teşekkülü statüsüne de sokulmamıştır. Hem belli posta hizmetlerini tekel olarak yürütmesinin Kanunla hükme bağlanmış olması hem de ticari esaslara göre faaliyet gösterecek olması kurumun kendine özgü bir kamu iktisadi teşebbüsü olarak yapılandırıldığı yorumuna sebep olmaktadır. Bkz. Öztoprak, 383.

⁴⁰¹ Gözler ve Kaplan, 464.

2.2.3. Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri

Kanun'da adı zikredilmemiş olsa da kamu hizmeti imtiyazı için öngörülen hukuki rejime alternatif bir düzenleme ile ilk örneğini 3096 sayılı Kanun'un oluşturduğu kabul edilen yap-işlet-devret sözleşmeleri, ilk kez 08.06.1994 tarih ve 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun"⁴⁰² ile "yap-işlet devret-modeli" adıyla Türk Hukuk sisteminde yerini almıştır⁴⁰³.

3996 sayılı Kanun; köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, kongre merkezi, kültür ve turizm yatırımları, ticari bina ve tesisler, spor tesisleri, yurtlar, tema parklar, balıkçı barınakları, silo ve depo tesisleri, jeotermal ve atık ısıya dayalı tesisler ve ısıtma sistemleri, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, trafiği yoğun karayolu, demiryolu ve raylı sistemler, gar kompleksi ve istasyonları, teleferik ve telesiyej tesisleri, lojistik merkezi, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava alanları ve limanları, yük ve/veya yolcu ve yat limanları ile kompleksleri, sınır kapıları ve gümrük tesisleri, milli park (özel kanunu olan hariç), tabiat parkı, tabiatı koruma alanı ve yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında planlarda öngörülen yapı ve tesisleri, toptancı halleri ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesi usulünü düzenlemektedir⁴⁰⁴.

Kanun'a göre; kapsamındaki yatırım ve hizmetleri bu Kanun'a göre yaptırmak isteyen idareler, Yüksek Planlama Kurulu'na başvuracak, bu Kurul'un iznini aldıktan sonra yerli bir sermaye şirketi yahut Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'na göre Türkiye'de faaliyette bulunmasına izin verilmiş bir yabancı şirket ile sözleşme

⁴⁰² Bkz. 13.06.1994 tarih ve 21959 sayılı R.G.

1807 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar" için ayrıca bkz. 11.06.2011 tarih ve 27961 sayılı R.G.

⁴⁰³ Özay, *Günışığında Yönetim*, 257. Özay, "Yap-İşlet-Devret Modeli ve Yarattığı Sorunlarla Çözüm Önerileri", *Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No:8, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1999, 629. Tekinsoy, *İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri*, 184. Yerlikaya, 84.

⁴⁰⁴ "Trafiği yoğun karayolu", "gar kompleksi, lojistik merkezi", "yük ve/veya yolcu ve yat limanları ile kompleksleri, sınır kapıları, milli park (özel kanunun olanlar hariç, tabiat parkı (...)) toptancı halleri" ibareleri 2008 yılında 5762 sayılı Kanunla eklenerek 3996 sayılı Kanun'un kapsamına aldığı konular genişletilmiştir. Bkz. 21.05.2008 tarih ve 26882 sayılı R.G.

imzalayabilecektir. Kanun, yap-işlet-devret modeline göre yapılacak sözleşmelerin en fazla 49 yıllığına imzalanabileceğini öngörmüştür. Üretilen hizmet yahut malın karşılığı olan ücret idarenin bağlı veya ilgili olduğu Bakanlık tarafından belirlenecek, yapılan yatırım ve hizmetler sözleşme süresinin sona ermesinin ardından her türlü borç ve taahhütten arı olarak idareye geçecektir. Sözleşme konusu yatırım ve hizmetler için gerekli olduğu takdirde, idare tarafından kamulaştırma yapılabilecektir. Kamulaştırma bedelinin kısmen veya tamamen özel kişi tarafından ödenmesi hususu sözleşmede kararlaştırılabilecektir. Yine, Kanun'da yapacağı yatırımlar sebebiyle sözleşmeciyi lehine Bakanlar Kurulu tarafından bazı garantiler verilebileceği ve sözleşmeciyi taraf yapacağı iş ve işlemlerin damga vergisi ve harçtan muaf olacağı da hükme bağlanmıştır⁴⁰⁵.

Yap-işlet-devret modeline göre imzalanacak sözleşmelerde de sözleşmenin taraflarından birinin idare olması, sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin görülmesini içerebilmesi, yatırım ve hizmete dair sermayenin, kâr, zarar ve masrafların özel girişimci tarafından üstlenilmesi,⁴⁰⁶ idare tarafından özel kişiye sağlanan garanti ve ayrıcalıklar, akla kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini getirmektedir. Buna karşın kanun koyucu Kanun'un 5. maddesinde; idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşmenin "özel hukuk hükümlerine tabi olacağını" hükme bağlayarak, kamu imtiyaz sistemine alternatif bir model oluşturma iradesini ortaya koymuştur. Bu durum yap-işlet-devret sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara yol açmıştır.

Öğretide pek çok yazar, yap-işlet-devret sözleşmelerinin idari sözleşme niteliği konusunda hem fikir iken, diğer bir kısım yazar ve yüksek yargı⁴⁰⁷ yap-işlet-devret sözleşmelerinin aslında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olduğunu, bu sebeple bu sözleşmelerin ancak Danıştay incelemesinden geçirilerek yürürlüğe konulabileceğini,

⁴⁰⁵ Bkz. 3996 sayılı Kanun; madde 12.

⁴⁰⁶ Bkz. 1807 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar" madde 20 ve 21.

⁴⁰⁷ AYM; E:1994/71, K: 1995/23, K.T: 28.6.1995. 20.03.1996 tarih ve 22586 sayılı R.G. AYM; E: 1994/43, K: 1994/42- 2, K.T: 09.12.1994; 24.01.1995 tarih ve 22181 sayılı R.G. AYM; E: 1996/63, K:1997/40, K.T:26.03.1997. 28.06.2001 tarih ve 24446 sayılı R.G.

Danıştay 1.D.; E.1992/232, K.1992/294, K.T: 24.09.1994. *Danıştay Dergisi*, y:23, s: 87, 33-40. Danıştay 10.D.; E.1991/1, K.1993/1752, K.T: 29.04.1993. *Danıştay Dergisi*, y:24, s: 88, 465-466. Danıştay 1.D.; E.1998/267, K.1998/481, K.T: 16.12.1998. *Danıştay Dergisi*, y:29, s:100, 36. Danıştay 1.D.; E. 1995/178, K.1996/78, K.T:10.04.1996. Danıştay 11.K; E.1996/79, K.1996/83, K.T: 03.10.1996. *Danıştay Dergisi*, y:27, s:93, 36-37.

idari niteliği sebebiyle tahkime elverişli olmadığını ve çıkan uyuşmazlıkların idari yargı tarafından çözümlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Örneğin Duran; 3996 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önceki tarihli eserinde yap-işlet-devret sözleşmelerini imtiyaz rejimine tabi sözleşmeler ile aynı özellikleri göstermeleri itibarıyla imtiyaz sözleşmeleri olarak görmüş, bu sebeple Danıştay incelemesini ortadan kaldıran, uyuşmazlık halinde tahkim öngören her düzenlemenin yok hükmünde olacağını ifade etmiştir⁴⁰⁸. Bu görüş Özay tarafından da paylaşılmıştır. Yazara göre ortada kamu hizmeti varsa, yap-işlet-devret denilen bu model imtiyazdan başka bir şey değildir. Bu sözleşmelere imtiyazdan başka bir isim verilmesinin temel sebebi imtiyaza dair usul kurallarının bertaraf edilmeye çalışılmasıdır.⁴⁰⁹ Günday; yap-işlet-devret sözleşmelerinin, tarafı olacak özel kişinin yerli sermaye şirketi yahut yabancı şirket olabilmesi dışında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tüm esaslı unsurlarını içerdiği fikrindedir.⁴¹⁰ Farklı olarak Tan; 3996 sayılı Kanun'a göre yapılmak istenen her işin kamu hizmeti niteliğinde olduğunun söylenemeyeceği, kamu hizmeti niteliğinde olanların ise idari sözleşme niteliğine rağmen kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olarak nitelenmesinin isabetsiz olacağını vurgulamaktadır⁴¹¹. Yazara göre kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, kamu hizmetinin özel kişiye gördürülmesinin tek yolu olmamalıdır.⁴¹² Çünkü idari sözleşme hukuku yeniden şekillenirken imtiyaz özgünlüğünü kaybetmektedir⁴¹³. Yap-işlet-devret modeline göre imzalanan sözleşmelerin yalnız özel hukuk yahut yalnız idari sözleşme olarak nitelendirilmesinin

⁴⁰⁸ Yap-işlet-devret modeli hukuki altyapısı oluşturulmadan hayata geçirilmeye çalışılmıştır. Bu durum Duran tarafından; "Osmanlı Devleti zamanında kamu hizmetlerinin görülmesi için yabancılara imtiyaz dağıtmada gösterilen aceleciliğin, ciddi koşullar ve garantiler aranmamasının, sonradan uzun ve faydasız yakınmalara sebep olması" örnek gösterilerek eleştirilmiştir. Bkz. Duran, "Yap-İşlet-Devret", 170.

⁴⁰⁹ Yap- işlet- devret usulü Duran ve Özay tarafından maksat unsuru bakımından sakat, kamu yararı için değil yerli ve yabancı şirketler lehine özel çıkar temin etmek için oluşturulmuş bir modeldi. Bkz. Özay, *Günüşünde Yönetim*, 258. Duran; "Yap- İşlet-Devret", 163. Benzer ifade için bkz. Yıldırım Uler, "Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti", 255-256.

⁴¹⁰ Günday, *İdare Hukuku*, 359. Günday, "Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler", 188.

⁴¹¹ Tan, "İdare Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi", 30. Tan, 1992 tarihli eserinde yap-işlet-devret modelinin kamu hizmeti imtiyazından farklı olmadığını ifade etmişken, yazarın sonraki tarihli eserlerinde bu anlayıştan uzaklaşmış olduğu görülür.

⁴¹² Aynı yönde Gözler, II, 86. Yayla, 90. Zabunoğlu, "Yap- İşlet- Devret Konusunda Yasal Düzenleme Örnekleri ve Yargı Kararlarının Işığında Yeni Bir Düzenleme Modeli" *Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 53. Gözübüyük ve Tan, 516. Tiryaki, 285. Aksi yönde; Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, 334. Çal, "Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü", 51-52.

⁴¹³ Gözübüyük ve Tan, 516. Tan, 32. Yazar; "kamu hizmetinin devri sözleşmeleri" kavramının daha işlevsel olacağını savunuyordu.

yanlış olacağı, Kanun'un her iki sözleşme türünü içeren karma bir model yarattığını savunan yazarlar da vardır⁴¹⁴.

Yap-işlet-devret denilen yeni bir modele ihtiyaç duyulması, daha önce ifade edildiği gibi kamu kesiminin daraltılarak özel hukuk kişisi ve özel hukuk usullerine ağırlık verilmesi, kamu hizmetlerinin de kamu hukuku usullerinden kurtarılacak özel hukuka tabi kılınması, başka bir deyişle özelleştirme eğiliminin sonucudur.⁴¹⁵ Bu girişimlerde, Avrupa Hukuku hatta onu da etkileyen küresel boyutun ötesinde ulusal dinamikler de rol oynamıştır⁴¹⁶. Zira türetilen bu model, sadece Türk Hukuk sistemini uluslararası düzenlemelerle uyumlaştırma iradesinin değil, kamusal kaynakların kamu hizmet ve yatırımlarının gerisinde kalması ve ulaşım, haberleşme, enerji gibi alanlardaki altyapı projelerinin ancak yerli ve yabancı özel sermayenin sağlayacağı finansman ile gerçekleşeceği inancının da sonucudur⁴¹⁷. Bu sebeple kimi yazarlar yap-işlet-devret yönteminin bir sözleşme yöntemi olarak değil, sözleşme özgürlüğünün sağladığı serbestlik içinde maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde

⁴¹⁴ Lale Sirmen, "Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli", *Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Haziran 1996 Ankara, 1. Ayrıca bkz. Tekinsoy, *İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri*, 189.

⁴¹⁵ Giritli ve diğerleri, 1341. Coşkun Can Aktan, *KİT, Yeniden Yapılanma ve Özelleştirme Stratejisi (Türkiye İçin Bir Model ve Stratejik Planlama Önerisi)*, Ankara, TİSK İnceleme Yayını, 8-9'dan aktaran Aliefendioğlu, 5.

⁴¹⁶ Aydın Gülan ve Kemal Berkarda, "İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler", *Özay, Günışığında Yönetim*, 394.

⁴¹⁷ Nitekim 3996 sayılı Kanun tasarısının genel gerekçesinde; "Tasarı ile ülke kalkınmasında önem taşıyan, ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren ve Türk kanunlarına göre kurulmuş sermaye şirketleri ile Türkiye'de faaliyette bulunmasına izin verilen yabancı şirketlerin görevlendirilmesi ve kamunun kıt kaynaklarının en gerçekçi biçimde kullanılmasını öngören bir amaca hizmet için hazırlanmıştır. Öte yandan "kanunla, öngörülen yatırım ve hizmet alanlarında, rekabetçi bir ortamın oluşturulması, finansman ve yönetim açısından kendine yeterli bir modelin geliştirilmesi" hedeflenmiştir. Devletin bütçe imkânlarının "daha ağırlıklı kamu hizmetlerine" kaydırılması, özel sektör ve yabancı kuruluşların söz konusu yatırım ve hizmet alanlarına çekilmesi, ekonomik kaynak sorunlarına çözüm olarak düşünülmüştür. Tasarıda yapılacak özelleştirmenin hedeflenen "gerçekçi büyüme doğrultusunda, yatırımların hayata geçirilmesi, yeni iş olanaklarının yaratılması ve işsizliğin giderilmesi konularında yardımcı" olacağı öngörülmüştür." ifadelerine yer verilmiştir. Bkz. Burhanettin Duran, *Türk Parlamento Tarihi*, TBMM XIX. Dönem (1991-1995), I. Cilt, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No: 150.

https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/burhanettin_duran/cilt1.pdf. 02.10.2015. Ayrıca bkz. Polatkan, 37.

Dönemsel olarak bütçe harcamaları içinde kamu yatırımlarının payı ile bunları karşılayacak kamusal finansmanın(vergi) payının yetersizliği konusunda değerlendirme için bkz. Oktay Varlıer, "Yap-İşlet-Devret Modelinin Türk Ekonomisindeki Önemi", *Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Haziran 1996 Ankara, 3-4.

kullanılmak üzere geliştirilen bir finansman modeli olarak ele alınmasını doğru bulmuştur⁴¹⁸.

3996 sayılı Kanun'un 5. maddesi de daha önce görevlendirme sözleşmelerini ilk kez kamu hukuku dışına çıkaran 3974 sayılı Kanun gibi, Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi önüne taşınmıştır.

Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirmede; bir sözleşmenin “idarî sözleşme” sayılabilmesi için; sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olmasının, sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunmasının ve yönetimin özel hukuku aşan yetkilere sahip olmasının gerekli olduğunu söylemiş ve öncelikle yapılacak sözleşmeleri konusu bakımından incelemiştir. Bu bakımdan Yüksek Mahkeme, bir alanı kamu hizmeti haline dönüştürmede yasa koyucunun kurucu iradesini kabul ettiğini ancak bu etkinliğin Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın etkinliği nitelendirmeden olanaklı olmayacağını, anayasal denetim görevini yerine getirmede de kendi değerlendirmelerinin saklı olduğunu ifade etmiştir. Bu noktadan hareketle Yüksek Mahkeme; bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekeceğini, nitelik yönünden kamusal olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesinin, onun niteliğini etkilemeyeceğini ifade etmiş ve Yasa'nın 2. maddesinde belirtilen köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi vb. etkinliklerin toplumun ortak gereksinmelerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinlikler olup kamu hizmetleri olduğunu kabul etmiştir⁴¹⁹.

⁴¹⁸Lale Sirmen, “Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli”, *Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu*, 11. Aksi yönde bkz. Zabunoğlu, “Yap- İşlet- Devret Konusunda Yasal Düzenleme Örnekleri ve Yargı Kararlarının Işığında Yeni Bir Düzenleme Modeli” *Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu*, 53.

⁴¹⁹ 3996 sayılı Kanun'da “yatırım ve hizmetler” ibaresi yer almakta iken Anayasa Mahkemesi, Kanun kapsamında yer alan faaliyetler için “kamu hizmeti” kavramını kullanmıştır. Anayasal veya yasal bir tanımına rastlanmayan kamu hizmeti kavramı, Anayasa Mahkemesi tarafından da tanımlanmamaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi, “önemlilik”, “stratejik öneme sahip olma” gibi ifadeler kullanarak nitelikçe kamu hizmeti olan bir faaliyeti yasa koyucunun kamu hizmeti olarak belirlememesinin, onun niteliğine etki edemeyeceğini söylemiştir. Bu yorumundan hareketle Anayasa Mahkemesi'nin, objektivist kamu hizmeti anlayışını benimsemiş olduğu söylenebilir. Objektivist kamu hizmeti anlayışı için bkz. Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 12. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 31- 38. Orak, “Kamu Hizmeti: Tabula Rasa Avrupa Birliği Sürecinde Nasıl Doldurulacak?”, 167-169.

İdarenin özel hukuku aşan yetkilere sahip olması konusunda ise Yüksek Mahkeme; öngörülen yatırım ve hizmetlerin yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketi veya yabancı şirketler eli ile gerçekleştirilmesindeki usul ve esaslar, bu şirketlerde aranılacak özellikler, sözleşmelerin kapsamı, yatırım sonucu oluşacak mal ve hizmetlerin ücretinin belirlenmesinde uygulanacak kriterler ve konuya ilişkin diğer ilkelerin, maddede sayılan Bakanlıklar ve kamu kurumlarınca ortaklaşa hazırlanması ve Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulması, Yasa'da öngörülen model çerçevesinde gerçekleştirilecek yatırım sonucu üretilecek mal ve/veya hizmetlerin karşılığı olarak ödenecek ücretlerin Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacak usul ve esaslar uyarınca belirlenebilmesi, bu yatırım ve hizmetler için gerektiğinde "kamulaştırma" öngörülmesi ve yine yap-işlet-devret modeli çerçevesindeki yatırım projeleri için idare adına sermaye şirketlerine veya yabancı şirketlere çeşitli garantiler verilmesinde Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu bakanın yetkili kılınmasının, yapılacak sözleşmelerin idari sözleşme olduğunu ortaya koyduğunu ifade etmiştir. Bu değerlendirmelerden sonra Yüksek Mahkeme; *"bu tür sözleşmelerin yargısal denetiminin Anayasa uyarınca idarî yargı tarafından yapılması zorunludur. 5. madde ile bu sözleşmeler idarî yargının görev alanından çıkarılmakta, böylece maddenin ikinci tümcesi Anayasa'ya aykırı düşmektedir. Çünkü niteliği gereği idarî olan bu sözleşmelerin yasa kuralıyla özel hukuk hükümlerine bağlı tutulması olanaksızdır. (...) Anayasa kuralları gereğince yasama organı, idare hukuku alanına giren bir idarî eylem ya da işleme karşı adli yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir."* ifadeleriyle Kanun'un 5. maddesini Anayasa'nın 125. maddesine aykırı bulmuştur.

Yüksek Mahkeme idari sözleşme olarak nitelediği yap-işlet-devret sözleşmelerinin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden farklı olmadığı tespitinde de bulunmuştur. Yüksek Mahkeme yaptığı değerlendirmede; *Kamu hizmetinin, uzun süreli bir "idarî sözleşme" uyarınca, sermayesi, kârı, hasar ve zararı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerin yerine getirilmesine İMTİYAZ denir. (...) Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri" olarak tanımlanmaktadır.*

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, gerek konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, gerekse hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin,

hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idarî sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar. (...) Bu açıklamalar karşısında 3996 sayılı Yasa ile düzenlenen yap-işlet-devret yönteminin kamu hizmeti imtiyazından, 2. maddede öngörülen yatırım ve hizmetlerin yaptırılmasına, işletilmesine ve devredilmesine ilişkin sözleşmelerin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden başka bir şey olmadığı görülür. (...) Öte yandan Yasa'nın 2. maddesindeki "görevlendirme" sözcüğünün, yapılan sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi kapsamı dışına çıkarıp Danıştay öndenetiminden geçirilmesini önlemek için kullanıldığı anlaşılmaktadır.

5. madde, yasa kapsamındaki yatırım ve hizmetlerin yaptırılmasında yap-işlet-devret modelinin uygulanması için yapılacak sözleşmelerin Danıştay'ın öndenetiminden geçirilmemesini sağlamak amacıyla düzenlenmiştir. (...) Anayasa yargısı alanında bir hizmetin "kamu hizmeti", bir sözleşmenin de "imtiyaz sözleşmesi" olup olmadığı yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabilir. Eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir. Yasal düzenlemeler bu niteliği değiştirici etki yapamaz. Tersî durum, Anayasa'nın yargıya ve öndenetime ilişkin kurallarıyla bağdaşmaz" ifadeleriyle Kanun'un 5. maddesini Anayasa'nın 155. maddesine de aykırı bulmuştur.

Böylece Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 125. maddesinin idari işlem ve eylemlere karşı idari yargıya işaret ettiği, yasa koyucunun, niteliği idari olan işlemin sözleşmenin niteliğini değiştiremeyeceği, yasa koyucunun Anayasa'nın 125. maddesi gereğince adli yargı yolunu seçme hakkına sahip olmadığı ve yine kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden farklı olmadığını tespit ettiği yap-işlet-devret sözleşmelerinin, Anayasa'nın 155. maddesi gereğince Danıştay'ın ön denetimi ve yargılaması dışına çıkarılamayacağı yorumuyla 5. maddeyi bir yandan Anayasa'nın 125. maddesine⁴²⁰ diğer yandan 155. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir⁴²¹.

⁴²⁰ Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 125. maddesine aykırılığını tespit ettiği 5. maddenin, Anayasa'nın "Kanunî hâkim güvencesi" başlıklı 37. maddesinin "hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz" biçimindeki hükmüne de aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 37. maddesine ve yapılacak idarî nitelikteki sözleşmeleri özel hukuk kurallarına bağlı tutarak idari yargı denetimi dışına çıkardığı gerekçesiyle Anayasa'nın 2 ve 11. maddelerine de aykırı bulmuştur.

⁴²¹ AYM; E:1994/71, K: 1995/23, K.T: 28.6.1995. 20.03.1996 tarih ve 22586 sayılı R.G.

Bu noktadan sonra yap-işlet-devret sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara Türk Hukuku'nda imtiyaz sözleşmesi algısının, imtiyaz rejiminin kapsayıcılığının ve yasa koyucunun iradesinin Anayasal sınırlarının ne olduğu tartışmaları da eklenmiştir⁴²². Zira Anayasa Mahkemesi bu karar ile kamu hizmetleri konusunda yasama organı yanında kendisinin de kurucu irade olduğunu ortaya koymuştur⁴²³. Böylece Anayasa Mahkemesi tarafından kamu hizmeti olarak nitelendirilen faaliyet, eğer özel hukuk kişisine bir sözleşme ile gördürülecekse, Yüksek Mahkeme'nin kamu hizmetinin görülmesine ilişkin sözleşmeleri kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile eşleştirmesi sebebiyle ancak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olabilecektir⁴²⁴.

Anayasa Mahkemesi'nin 3996 sayılı Kanun'a göre imzalanacak sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi sayılması kararının, bilhassa yabancı yatırımların askıda kalmasına, yapılması planlanan yatırımlardan ise vazgeçilmesine sebep olduğu ifade edilmektedir⁴²⁵. Çünkü yabancı yatırımcı, yatırım yaptığı gelişmekte olan ülkelerde; bürokratik engeller, alacağı tahsil edememe ihtimali vb. sebeplerle faturasını yükselterek yatırım yapma riskini üstlenmektedir. Bir de buna kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi sayılan sözleşmelerin hukuki rejimi gereği Danıştay'ın sözleşme metnini incelemeden geçirmesi ve sözleşmenin uygulanmasından doğacak uyuşmazlıklarda görevli olması eklenince yatırım kararları olumsuz etkilenmiştir. Danıştay'ın inceleme görevinde süre ile bağlı olmayıp çok uzun sürelerin geçmesi, doğacak uyuşmazlıklarda tahkime gidilmesinin mümkün olmaması⁴²⁶, sözleşme aşamasında idareye danışmanlık

⁴²² Anayasa'da idarenin tarafı olduğu sözleşmelerin niteliğini ortaya koyan bir hükmün bulunmadığı ve yine idari yargının görev alanının Anayasal olarak koruma altında olmadığı, bu sebeple yasa koyucuyu sınırlayan Anayasal bir hükmün bulunmadığı hakkında bkz. Gözler, II, 16-17. Benzer ifade için bkz. Yayla, 423. Aksi yönde bkz. Güran, "İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", 58.

⁴²³ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 276.

⁴²⁴ Anayasa Mahkemesi'nin kamu hizmeti imtiyazını, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişisi tarafından görülmesi ile eşleştirdiği; AYM; E. 1990/4, K. 1990/6, K.T: 12.04.1990 ve yine AYM; E. 1990/70, K. 1990/65-2, K.T: 22.12.1994 tarihli kararlarından hareketle de savunulmaktadır. Zira mahkeme bu kararlardan ilkinde; idareden alınacak izinle özel okul açılarak özel hukuk kişisi tarafından eğitim-öğretim hizmetinin yürütülmesini, kamu hizmeti imtiyazına benzer olarak değerlendirmekte, ikinci kararında ise 406 sayılı Kanun kapsamında Bakanlık tarafından sermaye şirketlerine verilecek işletme lisans ve ruhsatlarını; "lisans ve ruhsat sözleşmesi" olarak ifade ederek, bunların kamu hizmeti imtiyazı ve idari sözleşme niteliğinde olduğunu söylemektedir. Bkz. AYM; E. 1990/4, K. 1990/6, K.T: 12.04.1990. 18.06.1990 tarih ve 20551 sayılı R.G. AYM; E. 1990/70, K. 1990/65-2, K.T: 22.12.1994. 28.01.1995 tarih ve 22185 sayılı R.G.

⁴²⁵ Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 148.

⁴²⁶ Yasaklayıcı bir düzenleme olmamasına rağmen kamu hukukunda "tahkim yasağı" öğretide ve yargı kararlarında ittifakla kabul edilmiştir. Bu sebeple idari sözleşmelerde de bir özel hukuk kurumu olarak

yapan Danıştay'ın uyuşmazlık aşamasında da kendi devletinden yana tavır alacağı düşüncesi endişelere yol açmıştır⁴²⁷.

Yüksek yargı ile yasa koyucu arasındaki bu çatışma nihayet 1999 yılında Anayasa koyucunun devreye girmesi ile çözülmüştür. 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla⁴²⁸ yapılan Anayasa değişikliği neticesinde Anayasa'nın 47, 125 ve 155. maddeleri değiştirilmiştir. Anayasa'nın 47. maddesine; “Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilir veya devredilebileceği kanunla belirlenir.”⁴²⁹ hükmü eklenmiştir. Böylece “Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya uymadığını tespit ettiği kanunlara uygun Anayasa yapılmıştır.”⁴³⁰ Yasa ile sağlanamayan Anayasa ile gerçekleştirilerek, yasa koyucuya kamu hizmetlerini özel hukuk sözleşmeleri ile de gördürebilme yetkisi tanınmıştır. Anayasada yapılan bu değişikliğin ardından Anayasa ile uyum kanunları çıkarılmıştır. Bu kanunlardan biri 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı “Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”⁴³¹dur. Kanun ile 3996 sayılı Kanun'un Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 5. maddesine göre yapılacak sözleşmelerinin tekrar özel hukuk sözleşmeleri olacağı hükme bağlanmıştır. Böylelikle 3996 sayılı Kanun kapsamında yapılan ve yap-işlet-devret sözleşmeleri olarak ifade edilen sözleşmeler, özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir.

görülen tahkim kabul görmemekteydi. Danıştay da incelenmek üzere önüne gelen kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine tahkim kaydı konulmuşsa bu kaydı çıkarmaktaydı. 1999 Anayasa değişikliğine dek tahkimin sözleşme serbestisinin bir sonucu olarak yalnız özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda başvurulabilecek bir müessese olduğu hakkında bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları III*, 1931-1933. Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, 434. Karşlı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 905. Pekcanitez ve diğerleri, *Medeni Usul Hukuku*, 1064.

Ayrıca bkz. Yargıtay İBGK, E.1993/4, K.1994/1, K.T: 28.01.1994. Yargıtay Kararları Dergisi, 20 (4), Nisan 1994, 525. Danıştay, 1.D; E.1965/933, K.1966/44, K.T: 11.01.1966. *Danıştay Kararları Dergisi*, s:100-102, 308.

⁴²⁷ Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 148. Ayrıca bkz. Günday, “Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye’de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler”, 188. Çal, “Kamu Hizmetlerinin Özel Sektör Tarafından Finansmanı ve İşletilmesi Bağlamında İmtiyaz ve Kamu Hizmeti Kavramlarının 1999 Yılı Anayasa Değişiklikleri Çerçevesindeki Değişim ve Dönüşümü”, 18. Gülan, “Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği”, 142.

⁴²⁸ Bkz. 14.08.1999 tarih ve 23786 sayılı R.G.

⁴²⁹ “Özel hukuk sözleşmeleri” ifadesinin altı vurgulamak amacıyla çizilmiştir.

⁴³⁰ Yayla, 171.

⁴³¹ Bkz. 22.12.1999 tarih ve 23914 sayılı R.G.

Anayasa'nın 47. maddesinde gerçekleştirilen değişiklik, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları yüzünden yasa koyucunun elinde Anayasa'yı değiştirmekten başka imkân kalmadığını savunan yazarlar tarafından bile maksadını aşan bir değişiklik olarak yorumlanmıştır.⁴³² Yüksek yargı ve bu arada Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararını; "idari yargı rejimini benimsemiş bir ülkede olması gereken", "kamu hizmetinin sahip olduğu özellikler, kamu hukuku ve istikrar kazanmış içtihatların bunu gerektirmesi" olarak gören yazarlara⁴³³ göre ise, idare hukukunun yapı taşları yerinden oynatılmıştır.⁴³⁴ Çünkü amaç; Danıştay'ın tahkim kaydı konulan idari sözleşmelerden tahkim kaydını çıkarması, inceleme aşamasının çok uzun sürmesi ve nihayet çıkacak uyuşmazlığın idari yargıya tabi olmasının yabancı yatırımcıyı ürkütmesinden kaynaklanan sorunların ortadan kaldırılması olması idi. Bunun için bir Anayasa değişikliği gerçekleştirilecekse⁴³⁵ bu amacı sağlayacak ölçüde gerçekleştirilmeliydi⁴³⁶. Hâlbuki tahkime idari sözleşmelerde istisnai olarak imkân tanımayı sağlayacak bir

⁴³² Bkz. Gözler, *İdare Hukuku*, 457-458.

Anayasa Mahkemesi ile yasama organı arasındaki çatışmanın sonucu olan bu Anayasa değişikliği; yasama organının Türk Anayasa Mahkemesi'nin yargısal aktivizmine tepkisidir. Bkz. Ergun Özbudun, "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *A.Ü.S.B.F.D.*, 62(3), 2007, 263.

Yargısal Aktivizm hakkında bkz. Fatih Öztürk, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli Mi?*, Beta Basım, İstanbul 2012. Ferhat Uslu, *Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, 205-339. Yavuz Atar, "Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi", *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan*, C.II, Ankara 2013, 857-896.

⁴³³ Özey, "Yap- İşlet Devret Modeli ve Yarattığı Sorunlarla Çözüm Önerileri", 630.

⁴³⁴ Günday, "Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler", 188-194. Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 71-74. Gülan ve Berkarda, 399.

⁴³⁵ Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tahkimin mümkün kılınması için Anayasa değişikliğine ihtiyaç olmadığı hakkında bkz. Zergül Özbilgiç, "Uluslararası Anlaşmalar Bakımından Uluslararası Tahkim ve Yabancılık Unsuru", *Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, 75; Yargı makamlarının, ikili ve çok taraflı anlaşmaların "mevcut hukuki sorun üzerindeki etkisini ve yabancı yatırımcıların bu anlaşmalardan doğan haklarını tartışmamış olmaları Anayasa değişikliğine kadar uzanan süreci başlatmıştır. Oysa Anayasamızın sistemi değiştirilmeksizin uluslararası anlaşma hükümlerinin uygulanması ve uluslararası tahkim kanununun çıkarılması suretiyle sorunun çözümü mümkündü." Aynı yönde Cemal Şanlı, "Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar", *Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli*, Ankara Sanayi Odası (ASO) Yayını, 1998, 42, 46.

Danıştay'ın kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak gördüğü sözleşmelerde tahkim konusundaki katı tutumunun hatalı bir Anayasa değişikliğine sebep olduğu hakkında ayrıca bkz. Günday, "Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler", 199.

⁴³⁶ Anayasa koyucunun zaten bu değişiklikte yalnız tahkimi amaçlamadığı, Yüksek yargının yasama karşısında kamu hukuku merkezli direnç noktalarını da kırmak istediği, böylece özelleştirmelere de Anayasal dayanak sağlamak istediği hakkında bkz. Tan, "İdare Hukuk ve Tahkim", 20, 23. Ayrıca bkz. Hikmet Sami Türk, *Tartışmalar, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu II*, 81.

değişiklikle yetinilmeyerek,⁴³⁷ içeriğine göre niteliği belirlenmesi gereken sözleşme, yasa koyucunun isimlendirmesi ile özel hukuk sözleşmesi sayılmıştır. Bu sebeple kamu hukukunun genel ilkeleri, idari sözleşme kriterleri ve kamu hizmetlerine ilişkin temel ilkelerin alt üst edildiği ifade edilmektedir⁴³⁸.

İdari yargı rejimini benimsemiş olan Türkiye’de bir işlem ve bu arada sözleşmenin idari olması ve fakat bundan doğacak uyuşmazlığın, bu niteliğine rağmen adli yargıya bırakılabilmesi, tartışmalı olmakla birlikte kabul görebilecekken, niteliği belli olanın yasa koyucunun isimlendirmesi ile nitelik değiştirdiğinin kabul edilmesi hukuken kabul görmemelidir⁴³⁹. Yasal bir düzenleme ile bir uyuşmazlığın maddi niteliği üzerinde bir değişim yaratılamaz yalnız çözüm alanı birinden bir diğerine aktarılabilir⁴⁴⁰. Gerçekleştirilen bu değişiklikle kamu hukuku özel hukuk arasındaki ayrım da belirsizleştirmiş, karmaşaya yol açılmıştır⁴⁴¹. Yine bu değişiklikle idarenin taraf olduğu bir sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığının belirlenmesi için kullanılan ve yargı içtihatları ile ortaya konulan; sözleşmenin konusunun “kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması” ölçütü ortadan kaldırılmış, idare hukuku ilkeleri ve idari sözleşme kriterleri hiçe sayılmıştır⁴⁴². Kamu hizmetlerine hâkim olan ilkelerin de anlamını yitirdiği ifade edilmektedir⁴⁴³. Çünkü kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmesi ile yürütülmesi kabul edildiğinde, idarenin kamu hizmetlerinin değişkenliği ilkesi gereğince sözleşme konusu yapılmış olan kamu hizmetinin yürütülme koşullarını değiştirebilme yahut süresi dolmadan da hizmetin asıl sahibi ve sorumlusu olarak

⁴³⁷ Bu değişiklik; Anayasa’nın 125. maddesinde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine milli veya milletlerarası tahkim kaydının konulabilmesine ilişkin olarak yine 4446 sayılı Kanunla yapılmış olan değişikliktir. Ancak Günday’ın bu değişikliğe de itirazı vardır. Yazar, sadece bu değişikliği bile sakıncalı bulmaktadır. Tahkim kaydı konulan imtiyaz sözleşmesinde milli tahkim halinde; verilen kararın temyiz mercii Yargıtay olacakken, tahkim kaydı konulmayan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklarda verilen kararın temyiz mercii Danıştay olacaktır. Milletlerarası tahkim halinde ise; verilen kararın tenfiz mercii Asliye Hukuk Mahkemeleri olacaktır. Aynı hukuki nitelikten doğan uyuşmazlık, tarafların tahkim kaydı koyup koymamasına göre farklı yargı kollarında çözülecektir. Bu durum Anayasa’ya aykırıdır. Bkz. Günday, “Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye’de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler”, 192.

⁴³⁸ Günday, “Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye’de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler”, 191. Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 74. Aksi yönde Türk, 83, Vedat Buz, 84, Tartışmalar, *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu II*.

⁴³⁹ Gülan, Berkarda, 398.

⁴⁴⁰ Özay, “Türkiye’de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı”, 29. Aynı yönde Gülan, “Kamu Hizmeti Kavramı”, 134. Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 202-203.

⁴⁴¹ Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 74.

⁴⁴² Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 74. Gülan ve Berkarda, 398.

⁴⁴³ Günday, *İdare Hukuku*, 361. Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 72. Çağlayan, “İdare Hukukunda Tahkim Usulü ve Kapsamı”, 123.

sözleşmeyi feshedebilme yetkisi ortadan kalkmaktadır. Sözleşmede yazmasa bile idarenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde sahip olduğu denetim-gözetim ve yaptırım uygulayabilme yetkisi de bu sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi tutulunca ortadan kalkmaktadır⁴⁴⁴.

Son tahlilde; 1999'dan itibaren yap-işlet-devret sözleşmeleri idari sözleşme değildir, özel hukuk sözleşmesi olmuştur. Kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olamayacağı ve dolayısıyla bu sözleşmelerin uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların idari yargıda görülüp, tahkime elverişli olamayacağını söylemenin de gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile bir anlamı kalmamıştır⁴⁴⁵. Artık bir sözleşmenin idari nitelikte olup olmadığı incelenirken, aksini hükme bağlayan bir yasa kuralının olup olmadığına da araştırılması zorunludur⁴⁴⁶.

2.2.4. Yap-İşlet Sözleşmeleri

Yap-işlet Sözleşmeleri, 1997 tarih ve 4283 sayılı Kanun'a göre TEAŞ⁴⁴⁷ ile sermaye şirketi statüsündeki yerli veya yabancı özel hukuk kişisi arasında yapılacak sözleşmeleri ifade etmektedir. 4283 sayılı Kanun, özel hukuk kişinin mülkiyeti kendisine ait olmak üzere kuracağı "termik santraller" ile elektrik enerjisi üretimine, işletilmesine ve üretilen elektrik enerjisinin TEAŞ'a satışına ilişkin hususları düzenlemektedir. Hidroelektrik, jeotermal ve nükleer santraller ile diğer yenilenebilir enerji kaynakları ile çalıştırılacak santraller Kanun kapsamı dışındadır⁴⁴⁸.

Kanun'a göre; TEAŞ tarafından özel girişimci ile sözleşme imzalanabilmesi için bu model ile yapılacak projeye ilişkin DPT Müsteşarlığı'nın görüşünün alınması ve üretim şirketine tesis kurma ve işletme izni verilmek üzere Enerji ve Tabii Kaynaklar

⁴⁴⁴ Günday, *İdare Hukuku*, 361. Günday, "Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler", 191. Azrak, "İdari Yargı Dışı Alternatif Uyuşmazlık Çözme Usulleri", 81.

Özel hukuk sözleşmesinde de bir tarafa sözleşme koşullarını değiştirebilme ve sözleşmeyi tek yanlı feshedebilme yetkisi tanınabileceği, özel hukukun buna engel olmadığı hakkında bkz. Ulusoy, "Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri", *Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, 21. Aynı yönde; Vedat Buz, *Tartışmalar*, 83; Yaşar Karayalçın, *Tartışmalar*, 85, *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu II*.

⁴⁴⁵ Çağlayan, "İdare Hukukunda Tahkim Usulü ve Kapsamı", 123. Gözübüyük ve Tan, 505.

⁴⁴⁶ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması Yasallık ve İdari İşlemler*, 235.

⁴⁴⁷ TEAŞ, 2001 yılında Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. (TETAŞ), Elektrik Üretim A.Ş. (EÜAŞ) ve Türkiye Elektrik İletim A.Ş. (TEİAŞ) olmak üzere üç ayrı Kamu İktisadi Teşekkülü olarak yapılandırılmıştır. Bkz. 05.02.2001 tarih ve 2001/2026 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.

⁴⁴⁸ Bkz. 4283 sayılı Kanun madde 1.

Bakanlığı'ndan izin alınması gerekmektedir. Sözleşme, Bakanlığın vereceği izin üzerine imzalanacaktır⁴⁴⁹. Bu anlamda TEAŞ ile üretim şirketi arasında imzalanacak sözleşme de aslında bir görevlendirme sözleşmesidir⁴⁵⁰. Ancak Kanun'un bu şekilde yapılacak görevlendirmeler için yap-işlet modeli isimlendirmesi sebebiyle sözleşmeler, yap-işlet sözleşmeleri olarak isimlendirilmektedir.

4283 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan "Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması Ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik"⁴⁵¹te, üretim şirketi ile TEAŞ arasında imzalanacak sözleşmenin en fazla 20 yıl için yapılabileceği, süre sona ermeden önce anlaşarak sürenin uzatılabileceği hükme bağlamıştır⁴⁵². Yönetmelikte, yapılan ihtarla rağmen şirketin sözleşme hükümlerini ihlal etmeye devam etmesi durumunda idare tarafından sözleşmenin feshedileceği düzenlenmiştir. Tek yanlı feshe ilişkin başkaca bir hükme yer verilmemiştir⁴⁵³. Yine Yönetmelikte, TEAŞ tarafından belirtilen yörede olmak üzere, termik santralin kurulacağı yer, arazi temini vb. tüm işlemlerin özel hukuk kişisinin sorumluluğu altında olduğu hükme bağlanmıştır⁴⁵⁴. Üretilecek enerjinin birim fiyatı TEAŞ ile yapılacak sözleşme ile belirlenecek, TEAŞ ödemeleri için Hazine garantisi verilebilecektir⁴⁵⁵. Yönetmelikte, sözleşmecinin tarafın her türlü vergi, resim, harç vb. kanuni yükümlülüklerden sorumlu olacağı hükme bağlanmış olup bu anlamda şirkete her hangi bir vergi muafiyeti tanınmamıştır. Ne Kanun ne de Yönetmelik'te yapılacak sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin bir hüküm yer alamamıştır.

Yap-işlet modeline ilişkin düzenlemeler idarenin, sorumlusu olduğu elektrik kamu hizmeti üretimini maliki olduğu üretim santralinden sağlaması için, özel hukuk kişisi ile yapacağı anlaşmayı konu almaktadır. Süresi sonunda kamu hizmetine ilişkin tesisin bedelsiz olarak idareye devredilmemesi ve yukarıda da yer verilen diğer hükümler birlikte ele alındığında sözleşmenin klasik bir imtiyaz sözleşmesi unsurlarını taşımadığı

⁴⁴⁹ Bkz. 4283 sayılı Kanun madde 3.

⁴⁵⁰ 3096 sayılı Kanun'da özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketleri ile elektrik üretim, iletim, dağıtım tesisleri kurma ve bu tesisleri işletme konusunda verilecek izin üzerine yapılacak sözleşmeleri "görevlendirme sözleşmeleri" olarak isimlendirmektedir.

⁴⁵¹ 01.08.1997 tarih ve 9853 karar sayılı Yönetmelik. 29.08.1997 tarih ve 23095 sayılı R.G.

⁴⁵² Bkz. 9853 sayılı Yönetmelik madde 4/g.

⁴⁵³ Fesih sebeplerinin sözleşmede düzenleneceği belirtilmiştir.

⁴⁵⁴ Üretim şirketi lehine kamulaştırma yapılamayacaktır.

⁴⁵⁵ Bkz. 4283 sayılı Kanun madde 4. 9853 sayılı Yönetmelik madde 4, madde 9, madde 10.

söylenbilir⁴⁵⁶. Bununla birlikte yap-işlet sözleşmeleri de, idare ile özel hukuk kişisi arasında kamu hizmetinin görülmesine ilişkin uzun süreli bir sözleşme ilişkisi kurması, sözleşmede özel hukuku aşan hükümlerin yer alabilmesi gibi sebeplerle yargı kararlarında ve öğretide idari sözleşme⁴⁵⁷ hatta imtiyaz sözleşmeleri⁴⁵⁸ olarak nitelendirilmiştir. Ancak yap-işlet-devret sözleşmeleri gibi Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişikliğin ardından bu sözleşmeler de özel hukuk hükümlerine tabi kılınmıştır. 2006 tarih ve 5539 sayılı Kanunla⁴⁵⁹ yap-işlet sözleşmelerinin de özel hukuk sözleşmeleri olacağı hükme bağlanmıştır.

2.2.5. Kamu İhale Sözleşmeleri

Kamu hizmetlerini yürütebilmek için mal ve hizmete ihtiyaç duyan idarenin bu mal ve hizmeti kendi örgütü içerisinde karşılamasının imkânsızlığı, özel hukuk kişisinden ise kamulaştırma, istimval gibi tek yanlı işlemlerle sağlamanın yasal sınırları onu özel hukuk kişisi ile anlaşarak bu mal ve hizmeti satın alma yahut bir yapım işini tevdi etme yoluna itmektedir⁴⁶⁰. Arapçada bir işi birinin üzerine bırakmak manasında havale⁴⁶¹ sözcüğünden türetilmiş olan ihale sözcüğü, hukuki açıdan idarenin özel girişimciye üretirmek istediği mal, hizmet yahut bir yatırım işi için sözleşme iradesini oluşturma yöntemidir⁴⁶².

Osmanlı devleti zamanında da rastlanan ihale uygulamalarına⁴⁶³ ilişkin bugün yürürlükte olan iki temel kanun vardır. Bunlardan biri 1983 tarih ve 2886 sayılı “Devlet İhale Kanunu”dur (DİK)⁴⁶⁴. DİK, kapsamına aldığı idarelerin özel hukuk kişisi ile

⁴⁵⁶ Özel hukuk kişisi gelirini, hizmetten yararlananlardan aldığı ücretten de temin etmemektedir.

⁴⁵⁷ Gözler, *İdare Hukuku*, C.II, 412. Gözübüyük ve Tan, 515.

⁴⁵⁸ Bkz. Ayanoğlu, 70.

⁴⁵⁹ 18.07.2006 tarih ve 26232 sayılı R.G.

⁴⁶⁰ Giritli ve diğerleri, *İdare Hukuku*, 1304.

⁴⁶¹ Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Aydın Kitabevi Yayınları, Ankara, 2001, 344.

⁴⁶² Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması Yasallık ve Hukuki İşlemler*, 239. Karahanoğulları, “Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale”, 106. Burak Oder, “Kamu İhale Hukuku”, Özay, *Günışığında Yönetim*, 549.

⁴⁶³ Türk ihale uygulamalarına Osmanlı devleti zamanında da rastlanmaktadır. “Mukataa” denilen ve devletin taşrada bulunan bir gelir kaynağını özel hukuk kişisine kiralaması şeklindeki ihale yönteminde; birden fazla isteklinin çıkması durumunda devletin mukataa yerine ilişkin bedeli artırma yöntemi ile kişiyi belirlediği ve ihale sonucunu bir sözleşme ile bağtladığı bilinmektedir. Mukataa yöntemi 1857 yılında bir Nizamname ile yenilenmiş ve satın almaları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Bkz. Şevket Çorbacıoğlu, “Osmanlıdan Günümüze İhale Yasaları”, 12. Erişim tarihi: 15.11.2015. <http://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/1358.pdf>.

⁴⁶⁴ 10.09.1983 tarih ve 18161 sayılı R.G.

yapacağı alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetten gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerine ilişkin sözleşmelerde uyacağı yöntem ve kuralları düzenlemektedir.⁴⁶⁵

1 Ocak 2003 tarihinde ise DİK’i ilga etmemek ancak kapsamına aldığı işleri daraltmak suretiyle 2002 tarih ve 4734 sayılı “Kamu İhale Kanunu”⁴⁶⁶ (KİK) yürürlüğe girmiş ve kapsamına aldığı idarelerin “mal ve hizmet alım” ve “yapım” işleri KİK’e göre ihale edilecek işler haline gelmiştir⁴⁶⁷.

Türk Hukukunda idarenin kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için ihtiyaç duyduğu mal veya hizmet yahut bir inşaat işini özel hukuk kişisinden temin etmek için yapmış olduğu sözleşme özel hukuk sözleşmesi sayılmaktadır. Daha önce yargı kararları⁴⁶⁸ ve öğreti tarafından özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edilen bu sözleşmelerin hukuki niteliği, kamu ihale sözleşmelerinin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri gösteren 2002 tarih ve 4735 sayılı “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”⁴⁶⁹ (KİSK) ile özel hukuk sözleşmesi olarak belirlenmiştir. Kanun’un 4. maddesine göre; “... *Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülöklere sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.*” 36. maddeye göre de; “*Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.*” Böylece Kamu İhale Kanunu kapsamında olan idareler tarafından, yine bu Kanun kapsamında olan mal ve hizmet alım ve yapım işlerine ilişkin özel hukuk kişisi ile yapılacak sözleşmeler artık yasa gereği özel hukuk sözleşmesidir⁴⁷⁰.

⁴⁶⁵ Bkz. DİK; madde 1.

⁴⁶⁶ Bkz. 22.01.2002 tarih ve 24648 sayılı R.G.

⁴⁶⁷ Gözler, II, 111.

⁴⁶⁸ Bkz. Danıştay 12. D; E.1979/1427, K.1979/1461, K.T: 18.04.1979. Bkz. *Danıştay Dergisi*, y:10, s: 36-37, 613. Uyuşmazlık Mahkemesi; E.1968/74, K.1968/462, K.T: 02.11.1968. Bkz. 01.04.1969 tarih ve 13163 sayılı R.G. Uyuşmazlık Mahkemesi; E.2008/104, K.2009/103, K.T: 04.05.2009. Bkz. 24.07.2009, tarih ve 27298 sayılı R.G.

⁴⁶⁹ Bkz. 22.01.2002 tarih ve 24648 sayılı R.G.

⁴⁷⁰ Karahanoğulları; Kamu İhale Kanunu’na göre yapılan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olacağına işaret eden yasa hükmünün Anayasa’nın 1999 yılında değişen 47. maddesinde aykırı olduğu iddiasındadır. Anayasa’nın 47. maddesinde “*yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceği*” ifadesi kullanılmış olduğuna göre; yasayla belirlemenin açıkça ve tek tek, her hizmet veya yatırımın ilgili yasasında yapılmış olması gerekir. Dolaylı ve genel bir yasa ile toptan yapılan belirlemeler Anayasa’ya aykırıdır. Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması Yasallık ve Hukuki İşlemler*, 237-241. Aynı yönde Ulusoy, “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görölüş Usulleri, Kavramları”, *Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, 12.

İhale, kamu hizmetinin özel hukuk kişisi tarafından görülmesi yöntemi değildir⁴⁷¹. Ancak idarenin hizmet satın aldığı durumlarda bu hizmetin kamu hizmetinin kendisi mi olduğu yoksa kamu hizmetinin görülebilmesi için gerekli olan tali nitelikli hizmet mi olduğu sorusuyla karşılaşılmaktadır. Bilhassa yerel idarelerin⁴⁷² görev alanlarında tanımlanan kamu hizmetlerini ihale ile özel hukuk kişisine devretme yolunu seçtikleri gözlenmektedir⁴⁷³. Bu noktada Kamu İhale Kanunu’nda “hizmet” in Kanun’un uygulamasında nasıl anlaşılması gerektiğine bakmak gerekir.

Kanun’un “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinde hizmet tanımı; “*Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fîkrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri*” ifade etmek üzere kullanılmıştır.

Kanun’un “hizmet” tanımından; maddede sayılan hizmet alanları göz önüne alınıncaya, kapsamına aldığı idareler tarafından yürütülen kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için ihtiyaç duyulan tali nitelikli hizmetler anlaşılmaktadır. Tali nitelikli bu faaliyet alanlarına “kamu hizmetine bağlı hizmet parçaları” denilebilir⁴⁷⁴. Ancak “ve benzeri diğer hizmetler” ifadesi, hizmet tanımına dâhil edilebilecek faaliyet alanlarının sınırlandırılmasına engel olmaktadır⁴⁷⁵. 4734 sayılı Kanun’un bu hükmü, 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 67. maddesi ile birlikte düşünüldüğünde sorun daha iyi

⁴⁷¹ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti Kavram ve Hukuksal Rejim*, 320.

⁴⁷² 4734 sayılı Kanun’un amaç başlıklı 1. maddesinde; “*kamu hukukuna tabi olan, kamunun denetimi altında bulunan veya kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının*” yapacağı ihalelerin tabi olacağı usul ve esasın bu Kanun kapsamında olacağı belirtilmiş ve yine kapsam başlıklı 2. maddesinde de; “*Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler, (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler*” in mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin bu Kanun hükümlerine göre yürütüleceği belirtilmiştir.

⁴⁷³ “Özelleştirmelerin mahalli hizmetlerde geniş kapsamlı olarak uygulanması da hükümet programının da etkisiyle 1983 yılından sonra gerçekleşmiştir. Çünkü 1983 yılından itibaren ihale ve imtiyaz gibi bilinen özelleştirme yöntemlerinin yanında şirketleşme, yap-işlet-devret, kiralama gibi yeni bazı hizmet üretim ve dağıtım yöntemleri de eklenmiştir.” Bkz. Tunay Köksal, “Türkiye’de Belediye Hizmetlerinin Özelleştirilmesi Üzerine”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, 2 (5), Eylül 1993. <http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/036646582c55081ek.pdf?dergi=Cagdas%20Yerel%20Yonetimler%20Dergisi>. Erişim Tarihi: 18.11.2015. Ayrıca bkz. Gözübüyük ve Tan, 508.

⁴⁷⁴ “Kamu hizmetine bağlı hizmet parçaları” ifadesi Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 400’den hareketle kullanılmıştır.

⁴⁷⁵ Eren Toprak, *Türkiye’de Hizmet Alımı İhaleleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara Mart-2012, 93.

anlaşılacaktır⁴⁷⁶. 5393 sayılı Kanun'un "*Gelecek Yıllara Yaygın Hizmet Yüklenmeleri*" başlıklı 67. maddesinde, 4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinin imkân tanınması ile belediye idaresine ait neredeyse tüm kamu hizmetleri sayılarak bu hizmetlerin üçüncü kişilere gördürülebileceği ifade edilmiştir⁴⁷⁷. Maddeye göre; "*park, bahçe, sera, refüj, kaldırım ve havuz bakımı ve tamiri; araç kiralama, kontrollük, temizlik, güvenlik ve yemek hizmetleri; makine-teçhizat bakım ve onarım işleri; bilgisayar sistem ve santralleri ile elektronik bilgi erişim hizmetleri; sağlıkla ilgili destek hizmetleri; fuar, panayır ve sergi hizmetleri; baraj, arıtma ve katı atık tesislerine ilişkin hizmetler; kanal bakım ve temizleme, alt yapı ve asfalt yapım ve onarımı, trafik sinyalizasyon ve aydınlatma bakımı, sayaç okuma ve sayaç sökme-takma işleri ile ilgili hizmetler; toplu ulaşım ve taşıma hizmetleri; sosyal tesislerin işletilmesi ile ilgili işler*" ihale ile özel hukuk kişisine gördürülebilecektir. 5393 sayılı Kanun'un getirdiği tek sınırlama; sözleşme süresinin; "*ilk mahalli idareler genel seçimlerini izleyen altıncı ayın sonunu geçmemek üzere*" belirlenmesidir. Bundan başka 5393 sayılı Kanun'un 15. maddesinin "e" bendinde yer alan; "*içme, kullanma ve endüstri suyu sağlama(k); atık su ve yağmur suyunun uzaklaştırılmasını sağlamak; bunlar için gerekli tesisleri kurma(k)*" hizmeti ile "g" bendinde yer alan; "*Katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması ile ilgili bütün hizmetleri yapma(k)*" görevleri Kanun'un yine 15. maddesi hükmü gereği yalnız imtiyaz sözleşmesi ile özel hukuk kişisine gördürülebilecek hizmettir. Kanun'un "f" bendinde yer alan; "*Toplu taşıma yapmak; bu amaçla otobüs, deniz ve su ulaşım araçları, tünel, raylı sistem dâhil her türlü toplu taşıma sistemlerini kurmak, işletmek*" hizmetleri ise yine 15. madde hükmü gereği imtiyaz sözleşmesi, ruhsat usulü, toplu taşıma hatlarını kiraya verme veya 67. maddeye göre ihale usulüyle özel hukuk kişisine gördürülebilecektir.

Bu sınırlamalar dışında "Belediyenin görev ve sorumlulukları" başlıklı 14. ve "Belediyenin yetki ve imtiyazları" başlıklı 15. maddesinde yer alan ve "yapmak,

⁴⁷⁶ "5393 sayılı Belediye Kanunu küreselleşme ideolojisi ya da belki daha doğru ifade ile küreselleşme aktivitesini destekleyen düzenlemeleri ihtiva etmektedir. Küreselleşmenin özelleştirme unsuru ile yakından ilgili olarak; Gelecek yıllara yaygın hizmet yüklenmelerini düzenleyen 67. madde(sinde)... yerel özelleştirmeyi öne çıkaran bir husustur." Bkz. İlker Gündüzöz, *Belediye Ekonomisi Belediyelerin Ekonomideki Yeri ve Önemi*, Türkiye Belediyeler Birliği, Ankara Mart 2012, 979.

"Türkiye'de ve Avrupa'nın önemli bir kısmında kamu hizmetinin ihaleye açılması süreci Anglo Sakson ya da başka bir deyişle Anglo Amerikan hukuk sistemlerinin yaygınlık kazanmasıyla belirginleşmiştir." Bkz. Toprak, 110.

⁴⁷⁷ Uz, *Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi ve Devri Bakımından Anayasal Sınırlar*, 190.

yaptırmak”, “kurmak, kurdurmak”, “işletmek, işlettirmek” ifadelerinin yer aldığı diğer hizmetlerden 67. maddede yer alanlar; ilk mahalli idareler genel seçimlerini izleyen altıncı ayın sonu ile sınırlı süreli (en fazla 5 yıl 6 ay) hizmet alımı olarak ihale edilebilir. 67. maddede yer almayan itfaiye hizmetleri, zabıta hizmetleri⁴⁷⁸ gibi hizmetler ise sözleşmenin yapıldığı yıl ile sınırlı süreli (gelecek yıllara yaygın olmadan) ihale konusu yapılabilecektir⁴⁷⁹. Daha uzun süreli hizmet gördürmeler için ise imtiyaz yahut yap-işlet-devret sözleşmeleri yapılabilir. Zira Kanun’un 18/j maddesi, belediyelerin imtiyaz, yap-işlet yahut yap-işlet-devret sözleşmeleri ile de yatırım ve hizmet gördürebilmelerine imkân tanımıştır. Bu durumda örneğin; belediyelerin görevleri arasında sayılan su ve katı atık hizmetleri daha kısa süreli bile olsa ihale yoluyla özel hukuk kişisine gördürülemezken, toplu taşıma hizmetinin özel hukuk kişisi tarafından görülmesine ilişkin sözleşme, en çok 5,5 yıllığına yapılacak ise kamu ihale sözleşmesi olarak, daha uzun süreli ise imtiyaz sözleşmesi olarak yapılabilecektir. Belediyenin görev alanında sayılan bu hizmetlerin bir kısmı asli, diğerleri tali-yardımcı nitelikli hizmet değildir. Buna karşın bu hizmetlerin bir kısmı daha kısa süreli gördürmeler için ihale konusu olmakta, bir kısmı yalnız idari (kamu hizmeti imtiyaz) sözleşmeye konu olabilmektedir. Toplu taşıma hizmetlerinde olduğu gibi bazen de özel hukuk kişisine gördürülen kamu hizmeti için yapılacak sözleşmenin niteliğini belirleyen tek kriter sözleşmenin süresi olmaktadır⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ Kamu İhale Kurulu (K.İ.K.) 10.07.2006 tarihinde vermiş olduğu bir kararda; Anayasa’nın 128. maddesi ile 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun “Belediye’nin görev ve sorumlulukları” başlıklı 14. ve “Zabitanın görev ve yetkileri” başlıklı 51. maddelerini birlikte değerlendirerek; zabıta hizmetlerinin ihale konusu olamayacak hizmet alanı olarak görmüşken, (Bkz. K.İ.K.; 10.07.2006 tarih ve 2006/UH.Z-1631 sayılı uyuşmazlık kararı. Aynı yönde Bkz. K.İ.K.; 10.04.2006 tarih ve 2006/UH.Z-938 sayılı uyuşmazlık kararı. Ayrıca bkz. K.İ.K.; 26.02.2007 tarih ve 2007/UH.Z-726 sayılı uyuşmazlık kararında karşı oylar. <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>. Erişim Tarihi: 20.11.2015) 2007 yılında verdiği bir başka kararda ise 5393 sayılı Kanun’un 14. maddesinde “ Belediye, ...zabıta, itfaiye ... hizmetlerini yapar veya yaptırır.” ifadesinden hareketle belediyenin bu hizmetleri ihale konusu yapabileceğini belirtmiştir. Bkz. K.İ.K.; 12.03.2007 tarih ve 2007/UH.Z-969 sayılı uyuşmazlık kararı. <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>. Erişim Tarihi: 20.11.2015.

⁴⁷⁹ Belediye Kanunu’nun 14. maddesinde sayılan zabıta hizmetleri, itfaiye hizmetleri gibi hizmetler için 4734 sayılı Kanun’un tanıdığı genel yetki ile hizmet alımı yapılabilecektir.

⁴⁸⁰ Merkezi idare kuruluşları tarafından yürütülen ve ilgili idarenin kanununda belirtilen görevlerin de özel hukuk kişisinden satın alınmasına imkân sağlayan yasal düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin; 5902 sayılı “Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun”un 23. maddesinde “Başkanlık, kanunlarla belirlenen görevlerini yerine getirirken hizmet satın alabilir” denilerek, Yine mülga 5916 sayılı “Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun”un 15. maddesinde de; “Genel Sekreterlik, kanunlarla belirlenen görevlerini yerine getirirken hizmet satın alabilir.” denilerek kanunla tanımlı faaliyet alanının tümünün hizmet ihalesine konu edilmesi mümkün kılınmıştır.

Son olarak KİK ve KİSK'in uygulamasından doğacak tereddütlere açıklık getirmek üzere 2009 yılında çıkarılan Kamu İhale Genel Tebliği'ne⁴⁸¹ değinmek gerekir. Tebliğin 85. maddesinde KİK'in 4. maddesinde ismen sayılmayan ancak mal alım ve yapım işi de olmayan işlerin “*ve benzeri diğer hizmetler*” kapsamına sokularak ihale konusu olup olamayacağı belirtilmiştir. Buna göre; idarenin görev alanında olmakla birlikte Kanun'un 4. maddesinde sayılmayan bir hizmet de, bu hizmetin ihale konusu olmasını engelleyen bir düzenleme olmadığı sürece ihale ile satın alınabilecektir⁴⁸².

Yukarıda anlatılanlar kamu ihale usulüne göre yapılan hizmet alımlarının kamu hizmetinin özel hukuk kişisine gördürülmesine dönüştüğünü⁴⁸³, bu gördürmenin de Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılacak sözleşmelerin toptan özel hukuk sözleşmesi olması sebebiyle özel hukuk sözleşmesi olduğunu ortaya koymaktadır⁴⁸⁴. Sözleşmenin niteliğini sözleşmenin konusunun belirlemesi gerekirken, bir sürece uygun olarak yapılan sözleşme, kamu hizmetinin yürütülmesini de konu alsın özel hukuk sözleşmesi olmaktadır⁴⁸⁵. O halde “kamu ihale sözleşmeleri” olarak ifade edilen sözleşme tipi de kamu hizmetlerinin özel hukuk kişisi tarafından özel hukuk sözleşmesi ile yerine getirilebilmesini sağlayan bir tip olarak görülebilir.

2.2.6. Kamu Özel Ortaklığı Sözleşmeleri

2.2.6.1. Kavram

1980 sonrasında neoliberal politikaların etkisiyle tüm dünyada ve bu arada Türkiye’de bir takım kamu hizmetlerinin idarenin görevi olmaktan çıkarıldığı, idarenin üstlenmeye devam ettiği kamu hizmetlerinden özel hukuk kişisine gördürülenlerin kapsamının genişletildiği, özel hukuk kişisine gördürülen kamu hizmetlerinin de kamu hukuku usullerinden kurtarılarak özel hukuka tabi kılındığından bahsedilmişti⁴⁸⁶. Bu

⁴⁸¹ Bkz. 22.08.2009 tarih ve 27327 sayılı R.G

⁴⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz. Cumhuriyet Sezer, Bülent Büber, *Yerel Yönetimler İçin Hizmet Alımı İhaleleri Kılavuzu*, TODAİE Yayın No:365, Ankara 2012, 44-58.

⁴⁸³ Yasin, 159. Toprak, 99.

⁴⁸⁴ Bu durumun eleştirisi için bkz. Yasin, 161. Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 241.

⁴⁸⁵ Gözler, II, 104. 138. Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması Yasallık ve İdari İşlemler*, 238. Kutlu, 69.

⁴⁸⁶ Bkz. sayfa 58.

amaçla gerçekleştirilen yasal düzenlemeler sebebiyle yasama ve yargı organları arasında çıkan çatışma da Anayasal değişiklik ile yasama organı lehine nihayete erince, kamu hizmetleri ve altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesine özel hukuk kişinin katılımını amaç edinen farklı isim, farklı hukuki nitelik ve rejime sahip çok sayıda yöntem ortaya çıkmış oldu. Bu durum kamu hizmetlerinin özel hukuk kişisine gördürülmesi konusundaki mevzuatın parçalı bir görünüm arz etmesine sebep olmuştur.

Türkiye’de bu tarihi gelişimin sonucu olarak hem kamu hizmet ve yatırımlarına yerli ve yabancı özel sermaye finansmanı sağlamak, hem özel sektörün rekabet gücünün etkisiyle kamu hizmetlerinin hızlı ve verimli sunumunu gerçekleştirmek hem de kamu hizmetleri ve alt yapı projelerinin gerçekleştirilmesi konusundaki mevzuatın dağınıklığına son vermek amacıyla,⁴⁸⁷ “Kamu Özel Ortaklığı-İşbirliği” (KÖO-KÖİ) adıyla yeni bir üst kavram oluşturma niyeti bir kanun tasarısı ile ortaya konulmuştur⁴⁸⁸. Bu amaçla Devlet Planlama Teşkilatı (DPT) Müsteşarlığı’nın⁴⁸⁹ işbirliği ile 2009 yılında “Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Kamu Kesimi İle Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı Taslağı” hazırlanmıştır⁴⁹⁰. Taslak tamamlanmış olmakla birlikte henüz kanunlaşmamıştır⁴⁹¹.

⁴⁸⁷ Uz, “Kamu-Özel Ortaklığı/Public-Private Partnership (PPP) (Kavram ve Hukuksal Çerçeve)”, *G.Ü.H.F.D.*, 11(1-2), 2007,1179, 1182. Ayrıca bkz. T.C. Kalkınma Bakanlığı, “Onuncu Kalkınma Planı Kamu Özel İşbirliği Özel İhtisas Komisyonu Raporu”, Ankara 2014, 26, Erişim Tarihi: 04.12.2015, <http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/zel%20ihtisas%20Komisyonu%20Raporlar/Attachments/221/Kamu%20%C3%96zel%20%C4%B0%C5%9Fbirli%C4%9Fi%20%C3%96%C4%B0K%20Raporu.pdf>.

⁴⁸⁸ Bkz. Kamu Özel İşbirliği Mevzuatı, T.C. Kalkınma Bakanlığı, Yatırım Programlama İzleme ve Değerlendirme Genel Müdürlüğü, Mayıs 2015, i (Önsöz), Erişim Tarihi: 01.12.2015. <http://www.kalkinma.gov.tr/Documents/Kamu%20%C3%96zel%20%C4%B0%C5%9Fbirli%C4%9Fi%20Mevzuat%C4%B1-2015.pdf#search=kamu%20%C3%B6zel>.

⁴⁸⁹ DPT Müsteşarlığı, 03.06.2011 tarih ve 641 sayılı “Kalkınma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” ile yerini Kalkınma Bakanlığına bırakmıştır.

⁴⁹⁰ 2007 yılında oluşturulan ilk taslağın ardından 2009 yılında yeni bir taslak oluşturulmuştur. Taslak kanuna ve gerekçesine Kalkınma Bakanlığı’nın resmi internet adresinden ulaşmak mümkün değildir. Ancak http://www.tbd.org.tr/usr_img/cd/kamubib17/raporlarPDF/RP3-2009.pdf adresinden maddelere ve gerekçeye ulaşılabilir. Erişim Tarihi: 01.12.2015.

⁴⁹¹ Harun Güngör, “Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Uygulamaları ve Türkiye İçin Değerlendirme” Uzmanlık Tezi, Sosyal Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, T.C. Kalkınma Bakanlığı, Yayın No: 2831, Ekim 2012, 104. Erişim Tarihi: 01.12.2015. http://www.kalkinma.gov.tr/KamuOzelIsbirligiYayinlar/2_Password_Removed.pdf.

Adı geçen taslağın hala kanunlaşmamış olması Avrupa Komisyonu’nun 2008 ve 2009 ilerleme raporlarında eleştiri konusu olmuştur. Türkiye’nin kamu hizmetlerinin sunumunda klasik kamu alımı prosedürlerine bağlı olmayı sürdürdüğü ve kamu-özel sektör ortaklıklarına yönelik kapsamlı mevzuat taslakları sunulmuş ve tartışılmış olmasına rağmen hala tutarlı bir yasal çerçeve ortaya koyamadığı hakkında bkz. http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlirlemeRaporlari/turkiyeilerleme_rap2008.pdf ve http://www.ab.gov.tr/files/ABIliskileri/AdaylikSureci/IlirlemeRaporlari/turkiyeilerleme_rap2009.pdf. Erişim Tarihi: 05.12.2015.

Gelinen nokta küresel gelişmelerden ve Avrupa Birliği üyesi ülkelerde yaşanan gelişmelerden bağımsız değildir⁴⁹². Örneğin imtiyaz uygulamaları konusunda oldukça uzun bir tecrübeye sahip Fransa’da da özel sektörün katılımı ile yürütülen kamu hizmet ve yatırımlarına ilişkin sözleşmelerinin modernize edilmesi amacıyla 2004-591 sayılı KHK ile kamu özel ortaklığı modeline geçilmiş, model için “Contrat de Partenariat” (Ortaklık Sözleşmesi) kavramı kullanılmıştır⁴⁹³. İngiltere’de özel sektörün finansman desteği ile gerçekleştirilen hizmet ve alt yapı yatırımları için 1992’den itibaren “Private Finance Initiative” (PFI-Özel Finansman Girişimi) kavramı kullanılmış, sonrasında “Public-Private Partnership” (PPP-Kamu Özel Ortaklığı) kavramı geliştirilmiştir⁴⁹⁴. AB ekseninden bakıldığında Birlik Hukuku’na dâhil edilen özel bir düzenleme olmasa da Avrupa Komisyonu tarafından⁴⁹⁵ 2004’ten itibaren; bir hizmetin sunumu ya da altyapının finansmanı, yapımı, yenilenmesi, işletilmesi, bakımının sağlanması amacıyla kamu ile özel sektör arasında işbirliğini içeren yöntemleri işaret eden kavram olarak PPP kavramı kullanılmaktadır⁴⁹⁶. Özetle, uzun vadeli sözleşme ilişkisi içinde kamu

Bununla birlikte KÖO’ya ilişkin çerçeve kanun tasarısının yakın zamanda kanunlaşması beklenmektedir. Bu husus 10. Kalkınma Planında da açıkça ifade edilmiştir. Bkz. T.C. Kalkınma Bakanlığı, 10. Kalkınma Planı (2014-2018), (Onay tarihi: 02.07.2013, Karar No: 1041. Bkz. 06.07.2013 tarih ve 28699 sayılı mükerrer R.G.) Ankara 2013, 83. Erişim Tarihi: 04.12.2015. <http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/Kalkinma%20Planlar/Attachments/12/Onuncu%20Kalk%C4%B1nma%20Plan%C4%B1.pdf>.

⁴⁹² IMF (International Monetary Fund) ve WB (World Bank) gibi uluslararası kuruluşlar liberalleşme ve özelleştirme politikalarını desteklemektedir. KÖO konusunda yapılacak mevzuat çalışmaları AB’ye üyelik sürecinde, 5. Fasıl olan Kamu Alımları faslının müzakereye açılması için gerekli olan ön şartlardan biriydi. Bkz. Güngör, 4, 104.

⁴⁹³ Uz, “Kamu-Özel Ortaklığı/Public-Private Partnership (PPP) (Kavram ve Hukuksal Çerçeve)”, 1175.

⁴⁹⁴ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 399.

⁴⁹⁵ Avrupa Komisyonu tarafından PPP, Kamu Özel Ortaklığı ve Kamu ihalelerine ilişkin yayımlanan Yeşil Kitap’ta yukarıdaki gibi tarif edilmektedir. Bkz. “Green Paper On Public-Private Partnerships And Community Law On Pub-lic Contracts And Concessions”; Erişim Tarihi: 04.12.2015. http://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_6_raporlar/1_2_green_papers/com2004_green_paper_on_public_private_partnerships.pdf. Çevirisi için bkz. <http://www.abmaliye.gov.tr/ABDID%20Raporlar/Ara%C5%9F%C4%B1rma%20ve%20%C4%B0nceleme%20Serisi/K%C3%96%C4%B0%20Ye%C5%9F%20Kitap.pdf>. Erişim Tarihi: 04.12.2015.

⁴⁹⁶ OECD (Organization for Economic Cooperation and Development) tarafından PPP kavramı kullanılmaktadır. OECD’ye göre PPP; “devletle bir veya daha fazla özel ortağın (işletmecileri ve finansman sağlayıcıları kapsayabilir), devletin hizmet sunum amaçları ve özel sektörün kâr etme amacıyla uzlaşarak hizmetin özel sektör tarafından sunulmasının düzenlendiği ve bu uzlaşmanın etkinliğinin özel sektöre yeterli risk transferine bağlı olduğu bir anlaşmadır” OECD; PPP yöntemiyle hizmet sunumunu kamunun geleneksel yöntemle yaptığı hizmet sunumundan ayıran ölçütün; özel sektöre uygun oranda risk transferi olduğunu vurgulamaktadır. (OECD, Public Private Partnerships: In Pursuit Of Risk Sharing And Value For Money, 2008, 12’den naklen Güngör, 7.)

Dünya Bankası tarafından ise gelişmekte olan ülkeler için “Private Sector Participation” (PSP-Özel Sektör Katılımı) kavramı geliştirilmiştir.

Türkiye’de “Kamu Özel Ortaklığı- İşbirliği” (KÖO-KÖİ) kavramlarının yanında “Kamu Özel Sektör İşbirliği” (KÖSİ) ya da KÖSO kavramları aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

hizmet ve yatırımlarına özel sektörün katılımını öngören yöntemleri kapsayan bir “üst başlık” olarak kamu özel ortaklığı kavramı kabul görmüştür.⁴⁹⁷

2.2.6.2. Kamu Özel Ortaklığı Modelinin Özellikleri

Kamu Özel Ortaklığını tanımlama çabalarında, orta ve uzun vadeli kamu yatırım ve hizmetlerinin yerine getirilmesinde “ihtiyaç duyulan finansmanın özel sektörden karşılanabilmesi” ve “özel sektöre yeterli miktarda riskin aktarılabilmesi” şeklindeki iki özellik dikkati çekmektedir. Kamu Özel Ortaklığı kamu hizmet ve yatırımlarına yalnız finansman sağlamayı amaçlayan bir model değildir⁴⁹⁸. Şüphesiz yerli veya yabancı yatırımcının kamu hizmetinin yürütülmesinde finansör olarak yer alması, kamu kesiminin yatırımların mali yükünü hafifletmesini sağlayacaktır⁴⁹⁹. Ancak Kamu Özel Ortaklığı yöntemiyle hizmet sunumunu, kamunun geleneksel yöntemle yaptığı hizmet sunumundan ayıran ölçütün asıl olarak özel sektöre uygun oranda risk transferi olduğu vurgulanmaktadır⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ Uğur Emek, “Türkiye’de Altyapı Hizmetlerinin Özel Sektöre Gördürülmesi: Neden, Ne Zaman, Nasıl?”, *İktisat, İşletme ve Finans Dergisi*, 24 (284) 2009: 9-45, Erişim Tarihi: 04.12.2015. http://www.kalkinma.gov.tr/KamuOzelIsbirligiYayinlar/5-T%C3%BCrkiye'de_Alt Yap%C4%B1_Hizmet_lerinin_%C3%96zel_Sekt%C3%B6re_G%C3%B6rd%C3%BCr%C3%BClmesi.pdf.

⁴⁹⁸ Ali Güner Tekin, “Kamu-Özel Sektör İşbirlikleri Kamu Özel Ortaklıkları (Public Private Partnerships veya Ppp Modelleri”, 10-11, Erişim Tarihi: 04.12.2015. <http://www.oib.gov.tr/baskanlik/aligunertekin.pdf>. Ayrıca bkz. Tekin, Kamu Özel İşbirlikleri/ Ortaklıkları [PPP] ve Türkiye Deneyimi, T.C. Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, Mayıs 2008.

“Başlangıçta Kamu Özel Ortaklığı Modeli ülkelerin altyapı yatırımlarının karşılanması için ihtiyaç duyulan finansmanı sağlamak üzere başvurulacak bir yol olarak görülürken, günümüzde özel sektörün verimli işletmecilik becerilerinden yararlanılacağı, kamunun ise yatırımların koordinasyonu, genel planlama, denetleme ve politika belirleme gibi alanlarda odaklaşmasının sağlanacağı bir model olarak kabul edilmektedir”. Bkz. T.C. Kalkınma Bakanlığı Yatırım Programlama İzleme ve Değerlendirme Genel Müdürlüğü, *Dünyada ve Türkiye’de Kamu-Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler*, Kasım 2012, 7.

⁴⁹⁹ Özgür Temiz, *Türk Hukukunda Sağlık Hakkı ve Bir Kamu Hizmeti Olarak Sağlık*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2013, 266.

KÖİ yönteminin uygulanması kamu finansmanını azaltacağı için kısa vadede kamu harcamalarını ve bütçe açığını azaltıcı bir etki yaratacaktır. Ancak uzun vadede özel sektöre yapılacak ödemeler dikkate alındığında KÖİ yöntemi geleneksel kamu alımından daha az maliyetli olmayabilir. Bkz. Güngör; 17. Aynı yönde Selime Güzelsarı; “Bir ortaklık projesi tıpkı kamusal borçlanma biçiminde olduğu gibi yeni bir yapının maliyetini uzun yıllara yayabilmektedir. Fakat bu durum (...) toplam maliyeti azaltmaz; sadece maliyeti yıllara yayar ve faizler nedeniyle de maliyeti yükseltir”. Bkz. Güzelsarı, “Kamu Özel Ortaklıkları Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme”, *Kamu Yönetimi: Yapı İşleyiş Reformu* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayın No: 598 Kamu Yönetimi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayın No: 5, Ankara Ekim 2009, 60-61.

⁵⁰⁰ “Riskin en iyi şekilde yönetileceği tarafça üstlenilmesi özel sektöre maksimum oranda risk transferi yapılacağı anlamına gelmez”. Bkz. Güngör, 21. Bununla birlikte asıl amacın zaten riskin kamu tarafından üstlenilmesinin yasal/kurumsal düzenlemesini yapmak olduğu ve kamu özel ortaklığı modelini özel sektör için cazip hale getirenin riskin kamulaştırılması olduğu hakkında bkz. Güzelsarı, “Kamu Özel Ortaklıkları

Kamu özel ortaklığı projelerinde risk kamu ve özel sektör arasında paylaşılırken temel ilke her riskin onu en iyi yönetebilecek tarafa yüklenmesidir⁵⁰¹. KÖO projelerinde temel riskler; ticari ve finansal riskler, talep riski, idari, siyasi ve hukuki riskler olarak ifade edilmektedir. Ticari riskler inşaat ve işletme riskidir. İnşaat riski; özel kişinin hizmete ilişkin inşaat aşamasında maliyet artışı ve inşaatın zamanında bitirilememesinden kaynaklanan risklerdir. İşletme riski ise, görevli şirketin işletme ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirememesi, asgari hizmet standartlarına ulaşamamasından kaynaklı risklerdir. Bu iki tür risk özel kişi üzerine bırakılan risklerdir. Finansman riski ise; özel şirketin yatırımın finansmanı için almış ise kredi borç ve faizini, işletme gelirleri ile karşılayamaması riskidir. Bu durumda devlet borcun bir kısmını karşılamayı garanti etmektedir⁵⁰². Talep riski ise her iki tarafça üstlenilmektedir. Siyasi, idari ve hukuki riskler⁵⁰³ ise kamunun aldığı kararlara dayanan bu sebeple kamu kesimi tarafından üstlenilmesi gereken risklerdir.

Kamu özel ortaklığı projelerinde hizmetin tamamı veya büyük bir kısmı özel sektör tarafından sunulmakla birlikte kamu kesimi sunulacak hizmetin nitelik ve niceliğini belirleme, planlama ve denetleme görevini üstlenmektedir⁵⁰⁴. Hizmetin fiyatlandırılması sözleşme ile kararlaştırılmakta, özel sektör belirlenen bu fiyat üzerinden kâra odaklanmaktadır. Yani bir KÖO projesinde özel sektörün kârını maksimize etmesi hizmeti etkin ve verimli bir şekilde sunmasını gerektirmekte, bu da bu sözleşmenin her iki tarafın da amaçlarına ulaşabildiği bir işbirliği olmasını sağlamaktadır⁵⁰⁵.

Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme”, 61. Aynı yönde bkz. F. Eda Çelik, “Hizmet Sunumuna Katılım ve Kamu Özel Ortaklıkları”, Erişim Tarihi: 05.12.2015. http://www.academia.edu/9620962/Hizmet_Sunumuna_Kat%C4%B1%C4%B1m_ve_Kamu_%C3%96zel_Ortakl%C4%B1klar%C4%B1.

⁵⁰¹ Tekin, “Kamu Özel İşbirlikleri/ Ortaklıkları [PPP] ve Türkiye Deneyimi”

Riski yönetmesi gereken tarafın; o riskin kaynağı olan taraf mı yoksa risk ortaya çıkınca onunla daha iyi başa çıkabilecek olan taraf mı olduğu sorgulanmıştır. Verilen cevap; riskin en az maliyetle yönetimini sağlayan tarafa yüklenmesidir. Bu sebeple riskin gerçekleşmesini engellemenin maliyeti bu durumun sonuçlarıyla uğraşmaktan daha düşük olacaksa risk, riskin gerçekleşme ihtimalini düşürebilecek olan tarafça üstlenilmelidir. Bkz. Güngör, 21.

⁵⁰² Yani finansman riski de aslında kamu ile özel sektör arasında paylaşılmaktadır. Bilhassa KÖO projesine konu olacak hizmet, kamu yararı açısından büyük önem taşıyor ve bu sebeple özel sektörün hizmet sunumunda başarısız olması istenmiyorsa etkin bir risk paylaşımı sağlanamayabilir. Çünkü bu halde hizmetin kamu yararı için öneminin farkında olan özel sektör kamu kesimini daha fazla finansal riske kefil olmaya zorlayabilecektir. Bkz. Güngör, 31.

⁵⁰³ Ülkeye özgü koşullar, yasal çerçeve, uyuşmazlıkların çözümü, hükümet politikası, vergilendirme ve kamulaştırma konularından kaynaklanan riskler.

⁵⁰⁴ Tekin, “Kamu Özel İşbirlikleri/ Ortaklıkları [PPP] ve Türkiye Deneyimi”.

⁵⁰⁵ Güngör, 8.

Kamu Özel Ortaklığının, risk ve finansman paylaşımının yanı sıra kamu kesimine, özel sektörün sektörel yetenek ve uzmanlığından⁵⁰⁶ yararlanma imkânı sunan bir model olduğu ifade edilmektedir⁵⁰⁷. O halde Kamu Özel Ortaklıklarının “*risk, maliyet ve verimlilik hesapları temelinde uzun dönemli sözleşme ilişkisine dayanan esnek bir örgütlenme ve finansman modeli*” olduğu şeklinde kapsayıcı bir tanım yapılabilir.⁵⁰⁸

2.2.6.3. Türkiye’de Kamu Özel Ortaklığı Modeli

2.2.6.3.1. Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi İle Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı Taslağı

“Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Kamu Kesimi İle Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun” un henüz kanunlaşmamış olduğunu ancak taslağın kanunlaşması halinde kamu ve özel kesimin katılımını içeren tüm mal ve hizmet sağlama modelleri için çerçeve bir kanun olacağını daha önce söylemiştik.

Taslak Kanun’un 2 ve 3. maddelerinde Kamu Özel Ortaklığı kavramı; “*Tarım, sulama, madencilik, imalat, enerji, ulaştırma, haberleşme, bilgi teknolojileri, turizm, konut, kültür, kentsel ve kırsal altyapı, belediye hizmetleri, kentsel dönüşüm, çevre, araştırma-geliştirme hizmetleri ile eğitim, sağlık, adalet, güvenlik ve genel idare altyapısı yatırım ve hizmetlerinin maliyet, risk ve getirilerinin, idareler ve özel sektör arasında bu Kanunda öngörülen modeller çerçevesinde paylaşılması yoluyla gerçekleştirilmesi*” olarak tanımlanmıştır. Bunu gerçekleştirmek üzere de; “*bir projenin tasarımı, finansmanı, yapımı ve işletilmesi ile mevcut bir yatırımın yenilenmesi, kiralanması, geliştirilmesi, bakım-onarımının yapılması ve işletilmesinde özel sektör katılımının sağlandığı yöntemler(in)*”, KÖİ modeli kapsamında olduğu belirtilmiştir. Görüleceği gibi; daha önce yap-işlet-devret veya yap-işlet ya da işletme hakkının devri yöntemleri ile yürütülen enerji⁵⁰⁹, yine yap-işlet-devret yöntemi ile yürütülen

⁵⁰⁶“Know-how” terimi ile ifade edilmektedir.

⁵⁰⁷ Standard and Poor’s, *Public Private Partnerships: Global Credit Survey* 2005, Standard and Poor.s, New York, United States, 2005, 18’den naklen Güngör, 7.

⁵⁰⁸ Koray Karasu, “Kamu Özel Ortaklığı: Sözleşme Sisteminin Genelleşmesi”, *Kamu Yönetimi: Yapı İşleyiş Reform* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayın No: 598 Kamu Yönetimi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayın No: 5, Ankara Ekim 2009, 80.

⁵⁰⁹ Yap-işlet-devret yöntemiyle yapılan hidroelektrik santralleri (HES) ve yap-işlet ya da işletme hakkının devri yöntemiyle yapılan elektrik yahut termik santralleri ile gerçekleşen enerji yatırım ve hizmetleri.

haberleşme, ulaştırma⁵¹⁰, turizm⁵¹¹, kültür, tarım, sulama⁵¹², genel idare altyapısına⁵¹³ ilişkin hizmetler yahut yap-işlet-devret ve kamu ihale sözleşmeleri ile yürütülen belediye hizmetleri, kamu ihale sözleşmeleri ile alınan güvenlik, ar-ge hizmetleri gibi hizmetlere sağlık, adalet, eğitime ilişkin yatırım ve hizmetler de eklenmiştir.

Taslak Kanun'un 5. maddesinde ise KÖİ modellerinin hangileri olduğu belirtilmiştir. Buna Göre; "Yap-İşlet", "Yap-İşlet-Devret", "İşletme Hakkının Devri" ve "Yap-Kirala (Devret)" yöntemlerine göre yapılan sözleşmeler KÖİ modeli oluşturan yöntemlerdir⁵¹⁴. İdarelere, Kanun'da sayılan hizmet alanlarına ilişkin KÖİ yöntemlerini kullanarak karma yöntemler oluşturma imkânı da tanınmıştır⁵¹⁵. Taslak'ta dikkati çeken noktalardan biri; "Yap-Kirala" adıyla KÖİ modeli oluşturacak yeni bir yonteme yer verilmiş olmasıdır⁵¹⁶. Böylece ayrıca yasal düzenlemeye gerek kalmaksızın idarelere yap-kirala yöntemini uygulayabilme imkânı getirilmiştir.

Görüleceği gibi Taslak Kanun'da KÖİ, dünya örnekleri ile uyumlu biçimde, kamu kesimi tarafından gerçekleştirilen yatırım ve hizmetlere özel sektörün katılımının genel adıdır⁵¹⁷. Bu anlamda aslında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri dahi kamu özel ortaklığı modelidir. Fakat bugün birkaç kanunun açıkça kamu hizmeti imtiyaz

⁵¹⁰ Yap-işlet-devret yöntemiyle yapılan otoyol, otoyol işletme tesisi, köprü, tünel, kent içi yol, liman, iskele, demiryolu, havalimanı iç ve dış hat terminal binaları ile gerçekleştirilen ulaştırma yatırım ve hizmetleri.

⁵¹¹ Yap-işlet-devret yöntemi ile yapılan yat limanları v.b. ile yürütülen turizm yatırım ve hizmetleri.

⁵¹² Yap-işlet-devret yöntemi ile yapılan içme, kullanma suyu, kanalizasyon, arıtma tesisleri v.b. ile gerçekleştirilen içme kullanma suyu hizmetleri.

⁵¹³ Yap-işlet-devret yöntemi ile yapılan sınır kapıları v.b. ile gerçekleştirilen genel idare alt yapı yatırım ve hizmetleri.

⁵¹⁴ Kanun'un Yap-İşlet, Yap-İşlet-Devret, İşletme Hakkının Devri ve Yap-Kirala-Devret yöntemlerini kapsamına alması sebebiyle Türkiye'de Kamu özel ortaklığının tarihi gelişimine yer veren kaynaklarda 1984 tarih ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun'a göre yapılan sözleşmeler ilk KÖİ projeleri olarak ele alınmaktadır. Bkz. Kamu Özel İşbirliği Mevzuatı, T.C. Kalkınma Bakanlığı, Yatırım Programlama İzleme ve Değerlendirme Genel Müdürlüğü.

⁵¹⁵ Bkz. Taslak Kanun madde 5/2. Kanun'un bu maddesinden hareketle; Tasarla Yap-İşlet, Tasarla Yap-İşlet-Devret, Restore Et-İşlet-Devret, İlave Yatırım Yap-İşlet, İlave Yatırım Yap-İşlet-Devret, İlave Yatırım Yap-Kiraya Ver-Devret, Restore Et-Kiraya Ver-Devret gibi karma yöntemler de KÖİ rejimine tabi olacaktır. Mehmet Uzunkaya, "Kamu Özel İşbirliği Türkiye Tecrübesi", Erişim Tarihi: 10.12.2015; https://www.maliye.gov.tr/ProjeDokumanlari/10_Mart_Mehmet_Uzunkaya_DPT.pps, Güzelsarı, "Kamu Özel Ortaklıkları Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme", 71.

⁵¹⁶ Aslında 2005 yılında 3359 sayılı "Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu"na eklenen bir maddeyle Sağlık Bakanlığı'nın özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerine kiralama karşılığında sağlık tesisi yaptırabileceği hükme bağlanmıştı. Ancak ilk kez taslak Kanun'da yöntemin adı belirtilerek KÖİ modeli olarak tespit edilmiştir.

⁵¹⁷ Güzelsarı, "Kamu Özel Ortaklıkları Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme", 48.

Taslak'ta risk kavramına da yer verilmiş kamu ve özel sektör arasındaki risk paylaşımına ilişkin esaslar belirtilmiş ve garantiler de tanımlanmıştır. Bkz. Taslak Kanun madde 19.

sözleşmesi ile gördürülebileceğini belirttiği kamu hizmetleri için yapılanlar dışında, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi yapılmamaktadır. Anayasal olarak koruma altında olan hukuki rejimi sebebiyle de kamu özel ortaklığı oluşturan yöntemler arasında sayılmamaktadır⁵¹⁸. Zira KÖİ modelinin amaçlarından biri de imtiyaz rejiminden kurtarılacak, özel hukuk sözleşmelerinin konusu haline gelen hizmet alanlarına ilişkin yasal düzenlemelerin yarattığı dağınıklığı ortadan kaldırmaktır⁵¹⁹. Bu sebeple taslak kanunlaşır; özel yasal düzenlemeler ilga edilecek⁵²⁰, daha önce özel sektörün katılımı ile gerçekleştirilen enerji, ulaştırma, telekomünikasyon hizmetleri gibi büyük ölçekli yatırım ve hizmetlere adalet, sağlık, eğitimle ilgili olanlar da eklenecek, tüm bu hizmet alanlarına ilişkin özel kişi ile yapılacak sözleşmeler için ortak ihale kuralları, ortak hukuki nitelik ve ortak hukuki rejim belirlenecektir⁵²¹.

Anayasa'nın 47. maddesindeki değişikliğin ardından devlet ve diğer idareler tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerin "özel hukuk sözleşmesi" ile özel hukuk kişisine gördürülebilmesi için yasal düzenleme yapılması gerekli hale gelmişti. Taslak kanunlaşmadığından taslakta yer almakla birlikte özel bir yasal düzenleme kapsamında olmayan hizmet alanlarına ilişkin yapılacak sözleşmelerin, yargı makamları tarafından imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmesi ihtimali sebebiyle yasa çıkarma zorunluluğu hissedilmeye devam edilmektedir. Bu sebeple ilk olarak sağlık hizmetlerine daha sonra da eğitim hizmetlerine yönelik yasal düzenlemeler yapılmıştır.

2.2.6.3.2. Sağlık Hizmetleri Alanında Kamu Özel Ortaklığı

Kamu özel ortaklığına ilişkin ilk yasal düzenleme sağlık hizmetleri alanında yapılmış, başka bir deyişle kamu özel ortaklığı modeli için sağlık hizmetleri pilot kamu

⁵¹⁸ İmtiyaz yönteminin taslak kanunda yer almaması bir eksiklik değildir. Zira imtiyaz sözleşmelerinin idari niteliği konusunda çekişme yoktur. Taslak Kanun ise KÖİ sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmeleri olduğunu hükme bağlamaktadır. İmtiyaz sözleşmelerinin gittikçe daha fazla tarihi bir anlam taşıyacağı söylenebilir. Muhtemel bir Anayasa değişikliğinde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin de Anayasa metninden ve Danıştay'ın görev alanından çıkarılması gündeme gelebilecektir.

⁵¹⁹ Bkz. Taslak Kanun'un genel gerekçesi.

⁵²⁰ Bkz. Taslak Kanun madde 27, 28.

⁵²¹ Taslak Kanun'da 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı (madde 29), bu Kanun kapsamında yapılacak sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olacağı, (madde 3 ve 14) sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların Türk Yargısı yahut sözleşmede kararlaştırılmış ise Türk Hukuku'na göre tahkim yoluyla çözüleceği yer almaktadır. (madde 17)

hizmeti⁵²² olarak belirlenmiştir. 2013 tarih ve 6428 sayılı “Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”⁵²³, KÖİ kavramının ilk kez yasal bir düzenlemede kullanıldığı kanundur. Öncesinde, yine sağlık hizmetlerinin görülmesine ilişkin olarak 2005 tarih ve 5396 sayılı Kanunla⁵²⁴ 3359 sayılı “Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu”⁵²⁵na getirilen ek 7. madde ile “yap-kirala-devret” olarak adlandırılan yöntem düzenlenmişti. “Yap-kirala-devret” yöntemi daha sonra hem DPT Müsteşarlığı tarafından hazırlanan taslak kanunda hem de 6428 sayılı Kanun’da KÖİ modeli olarak yer almıştır.

Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’na 5396 sayılı Kanunla getirilen ek 7. madde ile öngörülen düzenlemelerden ilki; idare ile özel hukuk kişisi arasında en çok 49 yıllığına yapılacak sözleşmeyle; özel hukuk kişinin yapacağı sağlık tesisinde, idarenin kiracı sıfatı ile tesisi kullanarak tıbbi hizmet sunmasıdır. Buna göre; özel hukuk kişisi, kendisine yahut Hazineye ait taşınmaz üzerinde ya yalnızca idarenin kiracısı olacağı sağlık tesisini yapacak yahut da hem kira karşılığında tesis yapacak hem de bu tesiste çekirdek kamu hizmeti⁵²⁶ denilen tıbbi hizmet alanını idareye bırakıp, tıbbi hizmet dışındaki hizmetleri sunacak ve tıbbi hizmet dışındaki alanları işletecektir⁵²⁷. Ek 7. madde ile ikinci olarak; maddeye uygun yapılmış ve Sağlık Bakanlığı’nın kullanımında olan tesislerin yenilenmesi işinin de tıbbi hizmet alanları dışındaki hizmetlerin sunulması ve alanların işletilmesi karşılığında özel hukuk kişisine bırakılabilmesi düzenlenmiştir⁵²⁸. Maddenin öngördüğü tıbbi hizmetler dışındaki hizmetler ve alanlar

⁵²² Selman Sacit Boz, “Kamu Özel İşbirliği (PPP) Modeli”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 (2), 2013, 278.

⁵²³ Bkz. 09.03.2013 tarih ve 28582 sayılı R.G.

⁵²⁴ Bkz. 15.07.2005 tarih ve 25876 sayılı R.G.

⁵²⁵ Bkz. 15.05.1987 tarih ve 19461 sayılı R.G.

⁵²⁶ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti Kavram ve Hukuksal Rejim*, 400.

⁵²⁷ Ek 7. maddenin ilk fıkrasına göre; “Yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesisleri (...) kendisine veya Hazineye ait taşınmazlar üzerinde ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine kırk dokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılabilir.” Maddenin 3.fıkrasına göre ise; “Kira bedeli ve kiralama süresinin tespitinde; taşınmazın gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine ait olup olmadığı, bedelsiz Hazine taşınmazı devredilip devredilmediği, yatırımın maliyeti, tıbbi donanımın bu kişiler tarafından sağlanıp sağlanmayacağı, kiralama konusu taşınmaz ve üzerindeki sağlık tesislerinde tıbbi hizmetler dışındaki hizmetlerin ve alanların işletilmesinin kiralayana verilip verilmeyeceği hususları dikkate alınır”.

⁵²⁸ Maddenin 4. fıkrasına göre; “Sağlık Bakanlığının kullanımında bulunan sağlık tesislerinin (...) yenilenmesi; tesislerdeki tıbbi hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında, sözleşmeyle gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılabilir.”

daha sonra çıkarılan “Uygulama Yönetmeliği”nde⁵²⁹ belirtilmiştir. Buna göre; “tıbbi hizmetler dışındaki hizmetler”; tıbbî destek hizmetleri⁵³⁰ ile bilgi işlem, hasta danışmanlığı, sterilizasyon, çamaşırhane, temizlik, güvenlik, yemekhane, arşivleme ve benzeri hizmetleri; aydınlatma, asansör, ısıtma, soğutma, havalandırma, tıbbî gaz, su ve enerji temini, atık ve atık su uzaklaştırma hizmetleri de dâhil olmak üzere binaların tamiri, bakımı ve işletilmesi, park ve bahçe bakımı ve kara, hava, deniz ambulans hizmetleri ile morg ve gashane hizmetleridir.⁵³¹

“Tıbbî hizmetler dışındaki alanlar” ise ticari olarak işletilmeye müsait olan; otopark, otel, banka şubesi, restoran, kafeterya, konferans ve kültür merkezi, internet ve iletişim merkezi, eczane⁵³², yaşlı bakım evi, kreş, personel servisi, taksi hizmetleri ve benzeri ulaştırma hizmetleri, zayıflama ve diyet merkezi gibi ön proje ile tanımlanacak olan, sağlık tesisi konsepti ile uyumlu alanlar olarak belirlenmiştir⁵³³.

Maddenin öngördüğü kiralama karşılığı yaptırma; “yap-kirala-devret” yöntemidir. İdare ile özel hukuk kişisi arasında yapılacak sözleşmede tıbbi hizmet dışındaki diğer hizmetleri sunma ve alanları işletme de varsa “Yap-kirala-işlet-devret” olarak adlandırmak daha doğru olacaktır. Yenileme işinin tıbbi hizmet dışındaki hizmetlerin sunulması ve alanların işletilmesi karşılığında yaptırılması işi ise aslında “yap-işlet-devret” yöntemidir⁵³⁴. Görüleceği gibi kiralama karşılığı yaptırma sözleşmelerinde ihtiyari olarak, yenilemeye ilişkin sözleşmelerde ise zorunlu olarak tıbbi hizmet alanı

Maddede kiralama karşılığı yaptırmaya ilişkin sözleşmelerin en çok 49 yıl süre için yapılabileceği yer almakla birlikte yenilemeye ilişkin olan sözleşmelerin en çok kaç yıl için yapılabileceği belirli değildi. 49 yıl ibaresi yalnız yapıma ilişkin olan ilk fıkrada yer alıyordu.

⁵²⁹ 2006/10655 karar sayılı “Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yaptırılması İle Tesislerdeki Tıbbî Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik. Bkz. 22.07.2006 tarih ve 26236 sayılı R.G.

⁵³⁰ Tıbbi destek hizmetlerinin neler olduğu Uygulama Yönetmeliği’nden anlaşılamamaktadır. Ancak muayene teşhis ve tedaviye yardımcı olacak; görüntüleme, laboratuvar hizmetleri gibi hizmetler için bu kavramın kullanıldığı söylenebilir. Diğer hizmetler ile tıbbi hizmetler arasındaki her hizmet bu alana dâhil edilebilir. Bu anlamda torba bir kavramdır.

⁵³¹ Bkz. 10655 sayılı Uygulama Yönetmeliği madde 4/m.

⁵³² “Eczane”nin ticari bir alan olarak maddede yer alması üzerine açılan davada Danıştay hastane içerisindeki eczanelerin ilaç tedariki dışında ticari bir amaç taşıyamayacaklarından hareketle düzenlemeyi kamu yararına ve hizmet gereklerine aykırı bularak iptal etmiştir. Fakat iptal kararından önce maddeden “eczane” ibaresi çıkarılmıştır. Bkz. Danıştay 10.D.; E.2006/5525, K.2009/793, K.T:10.02.2009. Erişim Tarihi:12.12.2015. <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#>.

⁵³³ Bkz. 10655 sayılı Uygulama Yönetmeliği madde 4/l.

⁵³⁴ Restore et-işlet-devret ya da ilave yatırım yap-işlet-devret vb. yöntemlerin de yap-işlet-devret üst başlığı altında yer aldığı düşüncesinden hareketle; yenile-işlet-devretin de yap-işlet-devret olarak değerlendirilmesinin uygun olacağı düşünülmüştür. Bu düşüncüyü doğrular nitelikte bkz. Uzunkaya, “Kamu Özel İşbirliği Türkiye Tecrübesi”.

dışındaki tüm hizmetlerin sunumu ve diğer alanların işletilmesi özel hukuk kişisine verilebilmektedir. İdareye bırakılan sağlık hizmetinin tıbbi hizmete indirgenmiş olması, öğretide bu sözleşmelerin “eksik imtiyaz”⁵³⁵ olarak adlandırılmasına sebep olmuştur⁵³⁶.

Ek 7. madde yürürlüğe girdiği tarihten itibaren öğretide tartışma konusu olmuş ve haklı olarak yeterli özen gösterilmeden hukuk sistemine monte edilen yasal bir düzenleme olarak değerlendirilmiştir⁵³⁷. Bir kere maddede; özel hukuk kişisine değilse bile Hazineye ait taşınmaz⁵³⁸ üzerinde yapılacak tesisin mülkiyetinin nasıl olup da özel hukuk kişisine ait olacağı ve bu tesisi idareye kiralayacağı düzenlenmemiş, bu husus daha sonra çıkarılan Uygulama Yönetmeliği ile özel hukuk kişisine Hazineye ait taşınmaz üzerinde en çok 49 yıl için “bağımsız ve sürekli üst hakkı”⁵³⁹ tanınmak suretiyle çözüme kavuşturulmuştur. Yine Ek madde 7’de; yapılacak sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin belirleme yer almamış,⁵⁴⁰ bu husus da Uygulama Yönetmeliği’nde düzenlenmiştir. Yine, kiralama karşılığı yaptırma sözleşmesi için yüklenicinin ihale ile belirleneceği belirtilmişken, yenileme sözleşmesi için yüklenicinin ihale ile belirleneceğinden bahsedilmemiştir⁵⁴¹.

⁵³⁵ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 402.

⁵³⁶ Ek 7. madde üzerinden yapılan değerlendirmede; KÖİ modeli ile yapılan sözleşmelerin idari niteliğinin ağır bastığı hakkında bkz. Giritli ve diğerleri, 1219.

⁵³⁷ Bkz. Temiz, 271. Karasu, 84.

Fiili durum yaratma gücüne duyulan güvenle gerçekleştirilen düzenlemenin, Anayasa’ya aykırı olduğu hakkında bkz. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti Kavram ve Hukuksal Rejim*, 405.

⁵³⁸ Ek 7. maddede; taşınmazın, Hazinesin özel mülkiyetindeki taşınmaz olacağı belirlenmesi yapılmamıştır. Bu sebeple kamu malları da Ek 7. madde kapsamındaki taşınmaz olarak anlaşılabilir. Kamu mallarının ise bu nitelikleri devam ettiği müddetçe özel hukuk kişilerine devredilemeyeceği hususunda öğretide ve yargı içtihatlarında ittifak vardır. Bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, II, 1319-1320. Gülan, “Kamu Malları”, Özay, *Günışığında Yönetim*, 680. Bununla birlikte kamu malı üzerinde özel hukuk kişisine irtifak hakkı tanınabileceği ancak bunun “yasa” ile öngörülmüş olması kaydı ile geçerli olacağı kabul edilmektedir. Bkz. Gülan, “Kamu Malları”, Özay, *Günışığında Yönetim*, 690. Suat şimşek, “Kamu Mallarının Özel Mülkiyete Konu Olmaması İlkesinin Mülkiyet Hukukuna Yansımaları”, *Sayıştay Dergisi*, C: 92, Ocak-Mart 2014, 102.

⁵³⁹ Türk Medeni Kanunu’nun “Üst hakkı” başlıklı 726. maddesinin ilk fıkrasına göre; “Bir üst irtifakına dayalı olarak başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyeti, irtifak hakkı sahibine ait olur.”

⁵⁴⁰ Hukuki niteliğin kanunla belirlenmiş olmasının zorunlu olup olmadığı konusunda Karahanoğulları; Anayasa’nın 47. maddesinde yapılan değişikliğin ardından, yapılacak sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi olaksa, nitelendirmenin yasa ile yapılmasının zorunlu olduğunu, bu sebeple sonradan çıkarılan Yönetmelikle sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri olduğunun düzenlenmesinin Yasa’yı Anayasa’ya aykırı hale getirdiğini ifade etmiştir. Bkz. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti Kavram ve Hukuksal Rejim*, 420.

⁵⁴¹ Ek madde 7’de; bu Kanun’a uygun yapılacak ihalelerin 4734 Sayılı Kanun’a tabi olmayacağı belirtilmiş olmakla birlikte tabi olunacak ihale ilke, usul ve esasların ne olacağı düzenlenmemiştir. Bu ilke, usul ve esasların Ek madde 7’nin son fıkrasında Bakanlar Kurulu kararı ile belirleneceği yazılıdır. Bu ilke, usul ve esaslar da Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan Uygulama Yönetmeliği’nde düzenlenmiştir. Aslında bu durum Kamu Özel ortaklığı modeli içeren bu Kanun’a özgü değildir. Örneğin

3359 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesinin 6428 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılmasıyla tartışma 6428 sayılı Kanun ve bu Kanun'un uygulamasını göstermek üzere çıkarılan "Uygulama Yönetmeliği"⁵⁴² üzerinden devam etmiştir.

6428 sayılı Kanun'un düzenleme konularından ilki; 3359 sayılı Kanun'da olduğu gibi idarenin özel hukuk kişinin maliki olacağı sağlık tesisini kiralama karşılığı yaptırmasıdır. Burada da özel hukuk kişisi ile idare arasında yapılacak sözleşmeye göre özel hukuk kişisi; ya yalnızca kira karşılığında sağlık tesisini yapacak yahut kira karşılığında yapacağı sağlık tesisinde tıbbi hizmetler dışındaki hizmetleri⁵⁴³ de sunabilecek ve ticari alanları⁵⁴⁴ işletebilecektir. Yani yap-kirala-devret yahut yap-kirala-

daha önce 3996 sayılı Kanun'a göre sözleşme yapılacak özel hukuk kişinin belirlenmesi kuralları da Kamu İhale Kanunu'na (o zaman için Devlet İhale Kanunu) tabi değildi ve ihale kuralları da 3996 sayılı Kanunla düzenlenmiş değildi. Ancak ek 7. madde özelinde bu konu da tartışmaya açıktır. Ek 7. maddenin, 4734 sayılı Kanun'un ek 7. madde kapsamında uygulanmayacağını hükme bağlayarak, uygulanacak ihale ilke, usul ve esaslar için Bakanlar Kurulu'na yetki vermesinin yasama yetkisinin devri bağlamında Anayasa'nın 7. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. (Bkz. Danıştay 13. D.'nin itiraz başvurusu; AYM; E. 2012/105, K.2013/71, K.T: 06.06.2013. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/1ad5f2e2-103e-4e10-a315-31fc7c00691b?exclude-Gerekce=False&wordsOnly=False>. Erişim Tarihi: 20.12.2015. Anayasa Mahkemesi'nin karar tarihinden önce 6428 sayılı Kanun Ek 7. maddeyi yürürlükten kaldırıldığı için Yüksek Mahkeme, başvurunun konusuz kaldığına karar vererek esasa girmemiştir. Ancak sonrasında 6428 sayılı Kanun'un da Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davasında bu konuyu değerlendirmiştir.

Anayasa Mahkemesi; Anayasa'nın açıkça kanunla düzenleneceğini öngördüğü konularda yasamanın yürütme organına sınırları belirsiz, genel bir düzenleme yetkisi veremeyeceğini, çerçeveyi çizmesi ve temel ilkeleri kanunla belirlemesi gerektiğini; Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda ise çok genel ifadelerle düzenleme yaparak ayrıntıyı yürütme organına bırakmasının mümkün olduğunu söylemektedir. Yüksek Mahkemeye göre; ihale ilke usul ve esaslarının kanunla düzenleneceğine dair Anayasa'da bir hüküm bulunmamaktadır. Bkz. AYM; E.2013/50, K.2015/38, KT: 01.04.2015. 15.04.2015 tarih ve 29327 sayılı R.G.

Anayasa Mahkemesi'nin bu yorumuna göre Ek 7. maddenin son fıkrası yasama yetkisinin devri değildir. Ancak Anayasa'da açıkça, bir konunun kanunla düzenleneceği belirtilmişse, bunun anlamı; yasamanın çerçeveyi çizip, yürütme organına o konuda sınırları belli bir düzenleme yetkisi verebileceği midir? Yoksa o konunun yalnızca ve yalnızca kanunla düzenlenebileceği hatta KHK ile de düzenlenemeyeceği midir? Kanaatimizce isabetli olan ikinci yorum tarzıdır.

Sözleşmelerin ihale aşamasından doğan uyumsuzluklara ilişkin "Uygulama Yönetmeliği" nde ve evlehiyetle Kanun'da ayrıca bir düzenleme yer almamakla birlikte Uygulama Yönetmeliği'nin 52. maddesinde; Yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde ilgisine göre 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerinin kıyasen uygulanacağı belirtilmiş olduğu için; "şikâyet" ve "itirazın şikâyet" usullerinin işletilebilir olduğu ve Kamu İhale Kurumu'nun itirazın şikâyet başvurularını inceleyebileceği sonucu savunulabilirdi.⁵⁴² 2014/6282 karar sayılı "Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği". Bkz. 09.05.2014 tarih ve 28995 sayılı R.G.

⁵⁴³ 6428 sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği'nde; tıbbi hizmetler dışındaki hizmetler; Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinin "İ" bendinde "ihtiyari hizmetler" olarak adlandırılmıştır. Bu anlamda 3359 sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği'nde yer alan tıbbi destek hizmetleri ve diğer hizmetler 6428 sayılı Kanun'un uygulamasında ihtiyari hizmettir.

⁵⁴⁴ 6428 sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği'nde; tıbbi hizmetler dışındaki alanlar; Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinin "m" ve "ş" bendinde "ihtiyari ticari hizmet alanları ve mecburi ticari

işlet-devret yöntemleri uygulanacaktır. 6428 sayılı Kanun’da 3359 sayılı Kanun ve bu Kanun’un Uygulama Yönetmeliği’nden farklı olarak; özel hukuk kişisine kiralama karşılığı yaptırılacak tesisin Hazinesinin yalnız “özel mülkiyetinde olan taşınmazlar” üzerinde en az 30 yıl süreli bağımsız ve sürekli üst hakkı tesis edilmek suretiyle en çok 30 yıllığına yapılacak sözleşme ile yaptırılacağı hükme bağlanmıştır⁵⁴⁵.

6428 sayılı Kanunla ikinci olarak; yine 3359 sayılı Kanun’da olduğu gibi, 6428 sayılı Kanun’a uygun yapılmış tesislerin yenilenmesi işinin özel hukuk kişisine sözleşme ile yaptırılması düzenlenmiştir. Ancak Kanunda, 3359 sayılı Kanun’daki düzenlemeden farklı olarak, yenilemeye ilişkin sözleşmelerde özel hukuk kişisi tarafından tıbbi hizmetler dışındaki hizmetlerin sunulması ve ticari alanların işletilmesi zorunlu değildir. İdare, özel hukuk kişisi ile yenileme projesi kapsamında, “yalnız bedeli karşılığında” tesisin yenilenmesi için de sözleşme imzalayabilir⁵⁴⁶.

6428 sayılı Kanunla üçüncü olarak; kiralama karşılığı yaptırma yahut yenileme projeleri için danışmanlık, ar-ge hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin sözleşme ile gördürülmesi düzenlenmiştir. Dikkat edilirse 3359 sayılı Kanun’da hiç yer almayan bu düzenleme tipik bir hizmet alımı, başka bir deyişle kamu ihalesidir. Bu hizmetler, 6428 sayılı Kanun kapsamında düzenlenerek, 4734 sayılı Kanun dışına çıkarılmış olmaktadır. Bu hizmetler, taraflar arasındaki sözleşmeye göre, yapım veya yenileme sözleşmeleri içinde yüklenicinin üstlendiği diğer

hizmet alanları” olarak adlandırılmıştır. Bu anlamda 3359 sayılı Kanun’un Uygulama Yönetmeliği’nde yer alan tıbbi hizmetler dışındaki alanlar 6428 sayılı Kanun’un uygulamasında ticari hizmet alanlarıdır.

⁵⁴⁵ Yap-Kirala-Devret’e ilişkin sözleşmelerin en çok 30 yıl süreli olacağının belirtilmesi isabetli olmamıştır. Zira bağımsız ve sürekli bir hak olarak tesis edilmek istenen üst hakkı, zaten en az 30 yıl süreli olmak zorundadır. Bu durumda sözleşmeler en çok 30 yıl süre için değil, ancak 30 yıl süre için yapılabilecektir. Bkz. Türk Medeni Kanunu madde 998.

⁵⁴⁶ Bu ihtimalde yapılacak sözleşmenin başlı başına müteahhitlik hizmeti satın alamaya ilişkin kamu ihale sözleşmelerinden farkı olmayacaktır.

6428 sayılı Kanun’un; “Yapım, yenileme ve hizmet alımı işleri” başlıklı 2. maddesinin 2. fıkrası; “Bakanlık ve bağlı kuruluşları, öngörülecek proje ve belirlenecek esaslar doğrultusunda kullanımlarında bulunan tesislerin yenilenmesi işlerini, tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması ve/veya ticari hizmet alanlarının işletilmesi ve/veya bedelinin ödenmesi karşılığında yaptırabilir.” şeklindedir. Maddede “belli hizmetler” den kast edilen tıbbi hizmetler dışındaki hizmetlerdir. Bunlar, “Uygulama Yönetmeliği” nde ihtiyari hizmet olarak tanımlanan hizmetlerdir. Bununla birlikte Uygulama Yönetmeliği’nin Temel Esaslar başlıklı 5. maddesinin “d” bendinde ihtiyari hizmetlerin yapım ihalelerin içinde ihale edilmemesi durumunda Kamu ihale mevzuatının uygulanacağı belirtilmiştir ki kanaatimizce düzenleme sorunludur. Zira ihtiyari hizmetler yalnızca yapım ihaleleri içinde veya ayrıca kamu ihale mevzuatına göre ihale edilebilecekse yenileme işlerinin belli hizmetlerin sunulması ve/veya ticari alanların işletilmesi karşılığında yaptırılabilmesinde “belli hizmet” neyi ifade etmektedir?

hizmetler arasına da yerleştirilebilir⁵⁴⁷. Bu durumda da 4734 sayılı Kanun’a tabi olunmayacaktır.

6428 sayılı Kanunla, 3359 sayılı Kanun’daki belirsizliklerin pek çoğu giderilmiştir. Yap-kirala-devret yönteminin “üst hakkı” tesis edilmek suretiyle gerçekleştirileceğinin bu kez Kanunla belirlendiğini söylemiştik. Bundan başka, yapılacak sözleşmelerin hukuki niteliği de Uygulama Yönetmeliği’ne bırakılmamış ve sözleşmelerin “özel hukuk sözleşmeleri” olacağı hükme bağlanmıştır⁵⁴⁸. 6428 sayılı Kanun’da, bu Kanun’a göre yapılacak işlerde 4734 sayılı Kanun’un uygulanmayacağı belirtilmiş olmakla birlikte, bu kez yapılacak sözleşmelerin ihale aşamasına ilişkin ilke, usul ve esaslara da “Uygulama Yönetmeliği” nden önce Kanun’un kendisinde yer verilmiştir⁵⁴⁹.

Hem mülga Ek madde 7 ve Uygulama Yönetmeliği’nin hem de 6428 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği’nin öngördüğü modele göre; kamu kesimi sağlık kamu hizmetinden tamamen elini çekmemekte; tıbbi hizmet denilen muayene, teşhis ve tedavi hizmetleri kamu kesimi tarafından üstlenilmeye devam edilmektedir. Başka bir ifade ile sağlık hizmetinin örgütlenmesi için gerekli olan hizmetler⁵⁵⁰; tıbbi hizmetler ve diğer hizmetler olarak ayrılmakta ve diğer tüm hizmetler kiralama karşılığı yaptırma yahut tesisi yenilemeye yönelik projeler kapsamına sokularak tek bir ihale konusu olabilmektedir. Bu anlamda sağlık hizmetlerinin parçalanması bakımından değil⁵⁵¹ fakat

⁵⁴⁷ Kanun’da buna engel bir düzenleme yoktur.

⁵⁴⁸ Bununla birlikte Kanun’un “Sözleşme” başlıklı 4. Maddesinde; “Sözleşme; özel hukuk hükümlerine tabi olup, (...) süresi 30 yılı geçmemek üzere idarece belirlenir denilmiştir.” Hâlbuki Uygulama Yönetmeliği’nde yenilemeye ilişkin sözleşmeler ile danışmanlık, ar-ge ve ileri teknoloji ve yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesine ilişkin hizmet alımını içeren sözleşmelerin en çok 15 yıl süreli olacağı düzenlenmiştir. Kanun’da ya unutulurken sözleşmelerin sanki yalnızca yapıma ilişkin sözleşmeler olacaktı gibi en çok 30 yıllığına yapılacağı hükme bağlanmıştır yahut Yönetmelik çıkarılırken 30 yıldan vazgeçilip 15 yıla karar verilmiştir.

⁵⁴⁹ Bununla birlikte yapılacak sözleşmelerin ihale aşamasında çıkacak uyuşmazlıklara ilişkin ne 6428 sayılı Kanun’da ne de Uygulama Yönetmeliği’nde bir hüküm yer almamaktadır. Hâlbuki DPT Müsteşarlığı’nın taslak Kanunu’nda şikâyet ve itirazın şikâyet usullerine yer verilerek Kamu İhale Kurumu yetkili kılınmıştı. 3359 sayılı Kanun’un Uygulama Yönetmeliği’nde de; hakkında hüküm bulunmayan hallerde 4734 sayılı Kanun hükümlerini kıyasen uygulama imkânına yer verilmişti.

⁵⁵⁰ Karasu, 87.

⁵⁵¹ Sağlık hizmetinin parçalanması yeni bir olgu değildir. KÖİ modeli öncesinde de çamaşırhane, temizlik, güvenlik, yemekhane, arşivleme, aydınlatma, asansör, ısıtma, soğutma, havalandırma gibi sağlık hizmetinin, hatta yalnız sağlık hizmetinin değil, eğitim hizmetleri gibi genel idare esaslarına göre yürütülen diğer bazı kamu hizmetlerinin de gereği gibi yürütülmesine destek olan hizmetlerin, idarenin görev alanında tanımlanan asıl hizmetten ayrılarak çok sayıda kamu ihalesi ile alınması mümkündü. Hatta muayene, teşhis ve tedavi hizmetlerinin tamamlayıcısı olan ve sağlık hizmetinin ayrılmaz parçası olarak görülen görüntüleme, laboratuvar, sterilizasyon gibi tıbbi destek hizmetlerine ilişkin araç-gerecin temininin yanı sıra bu hizmetlerin yürütülmesi de yine ilk kez KÖİ modeli ile çekirdekten uzaklaştırılmış

parçaların tamamının tek bir ihale konusu olması bakımından KÖİ modeli köklü bir değişim yaratmaktadır. Hatta tıbbi hizmetin, 6428 sayılı Kanun kapsamında özel hukuk sözleşmesi ile özel hukuk kişisinden alınması mümkün olmasa da, 2003 yılında DMK madde 36/III’ de yapılan değişiklik⁵⁵² tıbbi hizmetin sunumunun da mutlaka kamu kesimi tarafından yürütüleceği söylenemeyecektir. Tıbbi hizmetin de kamu ihale mevzuatı kapsamında özel hukuk kişisinden özel hukuk sözleşmesi ile alınması mümkündür⁵⁵³. Kamu hizmetlerinin her bir parçasının ihale konusu yapılabilmesinin kamu personel rejimi bakımından sonuçları vardır. Bu anlamda yine KÖİ projeleri ile ortaya çıkmamış olsa da bu projeler ile devam ettirilecek olan; kamuda örgütlü iş gücünün yerini örgütsüz ve daha ucuz iş gücünün almasıdır⁵⁵⁴. Bu durum kamu görevlisi istihdamında daralmaya yol açmakla birlikte⁵⁵⁵ kâra odaklanan özel girişimcin de istihdam yaratmada isteksizliğine yol açacak niteliktedir⁵⁵⁶.

KÖİ modeline göre yapılacak sözleşmelerin hukuki niteliğine dair yapılacak tartışma 1999 tarihli Anayasa değişikliğinden sonra anlamını yitirmiştir. Devlet yahut diğer kamu idareleri tarafından yürütülen hizmetlere ilişkin bütünüyle imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıdığı düşünülen sözleşmelerin de özel hukuk hükümlerine göre yapılması mümkündür. Yalnız, yatırım veya hizmet alanı ilk kez kamu hukuku alanı dışına çıkarılacaksa düzenlemenin yasa ile yapılması Anayasa gereğidir. Bu sebeple, daha önce özel hukuk hükümlerine tabi kılınmış hizmet alanlarını konu edinen

değildir. Bu hizmetler de kamu ihale mevzuatı kapsamında özel hukuk kişisinden temin edilebilen hizmetlerdir.

⁵⁵² 2003 tarih ve 4924 sayılı Kanun. Bkz. 24.07.2003 tarih ve 25178 sayılı R.G.

DMK m. 36/III’ de 4924 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikte sağlık ve yardımcı sağlık hizmeti sunan personelce yürütülen hizmetlerin de ihale ile satın alınması mümkün hale gelmiştir.

⁵⁵³ Karahanoğulları’na göre; bu ihtimalde Sağlık Bakanlığı “*ihaleci ve denetleyici bir örgüt*” olacaktır. Bkz. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti Kavram ve Hukuksal Rejim*, 422.

1980 sonrası “yardımcı hizmetler sınıfı” tarafından yerine getirilen hizmetlerin ihale yoluyla satın alınmasıyla başlayan süreç 2000’li yıllarda her türlü hizmetin ihale yoluyla satın alınabileceği yaklaşımına evrilmiştir. Bkz. Karasu, 90.

⁵⁵⁴ Özel girişimcinin üstlendiği hizmet ve alanlarda şirket çalışanlarından başka alt yüklenici ile faaliyet göstermesi de mümkündür. Kâra odaklanan özel girişimcinin alt yükleniciye (taşeron) başvurmayı rasyonel bulacağı yüksek ihtimaldir. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti Kavram ve Hukuksal Rejim*, 416.

⁵⁵⁵ Kamu personeli alanının daraltılmasının sakıncalı bulunması, liberal düşünceye sahip yazarlar tarafından kamu personelinin özel menfaatlerini koruma eğilimi olarak yorumlanmaktadır. Bkz. Temiz, 269. Kamu hizmet alanındaki ideolojik dönüşümün karşısına kamu personelinin menfaatlerinin yerleştirildiği hakkında Bkz. Yayla, 98.

⁵⁵⁶ Güzelsarı, “Kamu Özel Ortaklıkları Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme”, 75.

sözleşmenin idari nitelik taşıdığı iddiası, olması gereken hukuk bağlamında idealize edilen bir değere dayanmaktadır⁵⁵⁷.

2.2.6.3.3. Eğitim Hizmetleri ve Diğer Hizmet Alanlarında Kamu Özel Ortaklığı

Eğitim hizmetleri, sağlık hizmetlerinin ardından Kamu özel işbirliği modeline ilişkin özel yasal düzenleme yapılan ikinci hizmet alanıdır. Milli Eğitim Temel Kanunu⁵⁵⁸, nun 16. maddesinde 2009 tarih ve 5917 sayılı Kanunla⁵⁵⁹ gerçekleştirilen değişiklikle ilk kez birden fazla eğitim kurumunun aynı alan içinde bulunması halinde, ortak ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla “eğitim kampüsleri” kurulabilmesi düzenlenmiştir. Bununla birlikte değişiklikte kamu ve özel kesim işbirliğine işaret eden hiçbir ifade yer almamıştır. Yapılacak eğitim kampüslerinin kamu-özel sektör işbirliği yöntemleri ile gerçekleşeceği 6223 sayılı Kanun’a dayanılarak çıkarılan 2011 tarih ve 652 sayılı “Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”⁵⁶⁰ ile açıklık kazanmıştır.

652 sayılı KHK’nın “İnşaat ve Emlak Grup Başkanlığı” başlıklı 23. maddesinde KÖİ kavramına yer verilmemiş ise de özel hukuk kişisi ile yapılacak sözleşme ile eğitim öğretim tesislerinin “kiralama karşılığında yaptırılması” ve eğitim-öğretim hizmetleri dışındaki hizmet ve alanların “işletilmesi karşılığında tesislerin yenilenmesi” düzenlenmiştir⁵⁶¹. Maddenin öngördüğü eğitim-öğretim hizmetleri dışındaki hizmet ve

⁵⁵⁷ Cüneyt Ozansoy, “Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı”, A.Ü.H.F.D., 46 (1-4), 1997, 86-87.

⁵⁵⁸ Bkz. 24.06.1973 tarih ve 14574 sayılı R.G.

⁵⁵⁹ Bkz. 10.07.2009 tarih ve 27284 sayılı R.G.

⁵⁶⁰ Bkz. 14.09.2011 tarih ve 28054 sayılı R.G.

⁵⁶¹ Milli Eğitim Bakanlığı İnşaat Emlak Grup Başkanlığı “3. Grup Eğitim Kampüsleri Ulusal Mimari Proje Yarışma Teknik Şartnamesi” nde; *Günümüz beklenti ve ihtiyaçlarını karşılayacak, teknolojiye gelişmelerin kullanılmasına imkân veren, işletme, bakım ve onarım maliyetlerini en ekonomik çözen akıllı bina yaklaşımıyla, açık ve kapalı spor tesisleri, yemekhane, kantin-kafeterya, kütüphane, otopark, laboratuvar, gözlem evi gibi eğitim destek alanlarının ortak olarak kullanıldığı,*

- 1- *Taşımacılık ve trafik yükünü azaltan ve eğitim destek alanlarının en ekonomik şekilde kullanılması ve işletilmesine imkân sağlayan “Esnek Ders Saatleri”*
- 2- *Enerji tasarrufuna yönelik tek bir enerji ve ısı merkezinin oluşturulması ve kampüs ihtiyaçları ile personel giderleri, sarf malzemesi, binalara ait küçük veya büyük onarım giderleri gibi harcamaların tek bir merkezden yapılmasına izin veren “Merkezi Bütçe”*
- 3- *Tüm öğretmenlerin ve çalışanların kampüsün personeli anlayışına izin veren “Esnek Personel”*
- 4- *Kampüs bünyesindeki eğitim yapılarının ve yurt binalarının doluluk oranına veya kapasitesine göre ekonomik ve verimli olarak kullanılmasına yönelik rezerv alanlara sahip, küçük müdahalelerle fonksiyonları değiştirmesine izin veren, büyüyeabilen, “Modüler ve Esnek Bina” özelliklerine sahip tasarımlar(ın) hedeflendiği ifade edilmektedir.*

Bkz. <http://arkitera.com/files/yarisma/497/TEKN%C4%B0K%20%C5%9EARTNAME.doc>.

alanlar, 652 sayılı KHK'nın 23. maddesinin uygulamasını göstermek üzere 2012 tarihinde çıkarılan "Uygulama Yönetmeliği"⁵⁶² ile belirlenmiştir. Uygulama Yönetmeliği'nde; *okul bilgi işlem hizmetleri, kütüphanecilik hizmetleri, spor destek hizmetleri, çamaşırhane, temizlik, güvenlik, yemek, personel ve öğrenci taşıma vb. hizmetler* eğitim-öğretim destek hizmeti olarak tanımlanmış⁵⁶³; *otopark, açık-kapalı yüzme havuzu, konferans ve kültür merkezi, deney ve gözlem evi, gençlik merkezi, restoran, sinema ve tiyatro salonları* gibi işletme alanları ise eğitim-öğretim hizmetleri konsepti ile uyumlu ticari alanlar olarak belirlenmiştir⁵⁶⁴. Kiralama karşılığı yaptırma sözleşmelerinde ihtiyari olarak, yenilemeye ilişkin sözleşmelerde ise zorunlu olarak eğitim-öğretim hizmetleri dışındaki tüm hizmetlerin sunumu ve alanların işletilmesi özel hukuk kişisine verilebilmektedir⁵⁶⁵.

652 sayılı Kanun'un 23. maddesinde ve Uygulama Yönetmeliği'nde, sözleşmelerin en fazla 49 yıl süre için yapılabileceği belirtilmiş, Uygulama Yönetmeliği'nde sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri olacağı hükme bağlanmış, ihale ilke, esas ve usullerine ilişkin düzenleme Uygulama Yönetmeliği'nde yer almıştır. Görüleceği gibi 652 sayılı KHK ile öngörülen düzenleme, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 5396 sayılı Kanunla getirilen Ek 7. madde ile öngörülen düzenlemenin aynısıdır. 652 sayılı KHK'nın 23. maddesinin uygulamasını göstermek üzere çıkarılan Uygulama Yönetmeliği de Ek 7. maddenin uygulamasını göstermek üzere çıkarılan Uygulama Yönetmeliği'nin aynısıdır. Kısacası hem Kanun hem Yönetmelik'te yer verilen KÖİ yöntemleri, ihale kuralları⁵⁶⁶, sözleşmelerin süresi, hukuki niteliği, sona

Erişim Tarihi 30.12.2015

⁵⁶² 2012 tarih ve 3682 karar sayılı "Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik". Bkz. 08.09.2012 tarih ve 28405 sayılı R.G.

⁵⁶³ Bkz. 3682 sayılı Uygulama Yönetmeliği madde 4(7)

⁵⁶⁴ Bkz. 3682 sayılı Uygulama Yönetmeliği madde 4(6)

⁵⁶⁵ Bugün Türkiye'de 33 kampüsün mimari projeleri tamamlanmış durumdadır. On bin öğrenciye hizmet verecek kapasiteli olarak düşünülen kampüsler, sonrasında beş bin öğrenci kapasiteli olarak tasarlanmıştır. Bkz. "Eğitim Kampüsleri, Mimari Proje Yarışması Ödül Töreni ve Kolokyumu Yapıldı"; Erişim tarihi: 30.12.2015, <http://iedb.meb.gov.tr/www/egitim-kampusleri-mimari-proje-yarismasi-odul-toreni-ve-kolokyumu-yapildi/icerik/276>. Projeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://iegb.meb.gov.tr/EgitimKampusleri.html>. Erişim Tarihi: 30.12.2015.

⁵⁶⁶ 3682 sayılı Uygulama Yönetmeliği'nde uygulanabilecek ihale usullerinde; açık ihale, belli istekliler arasında ihale ve pazarlık usulünden başka, doğrudan kiralama usulüne de verilmiştir. Ayrıca 10655 sayılı Uygulama Yönetmeliği'nin aksine hüküm bulunmayan haller için Kamu ihale mevzuatına göndermede bulunulmamıştır.

erdirilmesi, finansman, denetim ve diğer konularda tıbbi hizmet ifadelerinin yerinde eğitim-öğretim hizmeti yazmasının dışında farklılık yoktur⁵⁶⁷.

Eğitim-öğretim hizmetleri alanında KÖİ modelinden bahsederken 351 sayılı “Yükseköğrenim Kredi Yurtlar Kurumu Kanunu”⁵⁶⁸’nın 20. maddesine getirilen ek fıkra da ele alınmalıdır. Zira eğitim-öğretim hizmetleri alanı ile bağlantılı olarak ele alınabilecek bir diğer yasal düzenleme, 2010 tarihinde 6082 sayılı Kanunla⁵⁶⁹ gerçekleştirilen bu düzenlemedir. 351 sayılı Kanun’un 20. maddesine getirilen ek fıkralarda; yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen yurt bina ve tesislerinin ihale ile belirlenecek özel hukuk kişisine “kiralama karşılığında yaptırılabilmesi” yer almıştır. Kiralama karşılığında tesis yapacak özel hukuk kişisine tesisi işletebilme imkânı da tanınmıştır. Ek fıkralarda işletme karşılığında yenileme sözleşmesi ise düzenlenmemiştir. Bu sebeple özel hukuk kişisi ile yapılacak sözleşme yalnız yap-kirala-(işlet)-devret olacaktır⁵⁷⁰.

351 sayılı Kanun’un 20. maddesinde öngörülmüş olmasına rağmen, yapılacak sözleşmelere ilişkin ihale ilke, esas ve usuller, sözleşmeye ilişkin hususlar ve diğer ayrıntılar hakkında uygulamayı gösterecek Yönetmelik ise henüz yayımlanmamıştır.

Önümüzdeki süreçte hem 652 sayılı KHK’da hem de 351 sayılı Kanun’da tek madde ile düzenlenmiş olan KÖİ modelinin sağlık hizmetlerinde olduğu gibi özel bir yasal düzenleme ile revize edilmesi, kamu özel ortaklığı modelinin uygulanacağı bir sonraki yasal düzenlemenin ise adalet hizmetlerine ilişkin yatırım ve hizmetlere yönelik olması kuvvetle muhtemeldir. Bu bağlamda cezaevi yönetimi, iç ve dış güvenlik ile gardiyanlık hizmetleri dışında tutuklu ve hükümlülere yönelik sağlık, kantin, nakil gibi bir dizi hizmet KÖİ modeli ile yürütülebilecektir.⁵⁷¹

⁵⁶⁷ Sağlık hizmetlerine ilişkin kamu özel ortaklığı modeli anlatılırken izah edilen hususlar burada da geçerli olduğu için ayrıca değinilmemiştir.

⁵⁶⁸ Bkz. 22.08.1961 tarih ve 10887 sayılı R.G.

⁵⁶⁹ Bkz. 10.12.2010 tarih ve 27781 sayılı R.G.

⁵⁷⁰ Genel ve Teknik Şartname, Ön Protokol ve Kira sözleşmesi örneği için Bkz.

http://yurtkur.gsb.gov.tr/PublicEdit/-images/KYK/DUYURULAR/2015_OnProtokol_TeknikSart-name.pdf.pdf. Erişim Tarihi: 01.01.2016.

⁵⁷¹ Yıldız, 80.

Türkiye’de henüz özel girişim tarafından cezaevi kurulması ve işletilmesi uygulaması görülmesi de konu gündem dışında da değildir. 8.Beş Yıllık Kalkınma Planı Adalet Hizmetleri Etkinlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu’nda da; “*Açık ya da düşük güvenlikli cezaevlerinden başlamak üzere, ceza infaz kurumlarının ya da infaz hizmetlerinin bir bölümünün özelleştirilmesi konularında ABD ve İngiltere’deki uygulamalar da dikkate alınarak, mevzuatın uygunluğu ve yararlılık bakımından gerekli araştırmalara*

2.2.6.3.4. Kamu Özel Ortaklığı Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi

Kamu özel ortaklığı sözleşmelerinin hukuki rejimine ilişkin açıklamalar, aslında kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine özel hukuk sözleşmeleri ile gördürülmesine ilişkin diğer yöntemlerle taşıdığı ortak hukuki nitelik sebebiyle, kısa bir süre sonra ise bu yöntemlerin “kapsayıcı hukuki rejimi” olacak olması sebebiyle, kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile yürütülmesine ilişkin yöntemlerin ortak hukuki rejimini ifade edecektir. Kamu hizmetlerinin özel hukuk kişisine sözleşme ile gördürülmesinde, uzun yıllar kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin temel tip olarak görüldüğü yukarıda belirtilmişti. Bu sebeple, kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin sözleşmeler idari sözleşme, bu sözleşmelerin tabi olduğu hukuki rejim de kamu hukuku rejimi idi. Geline nokta, sözleşmelerin hukuki niteliği ile birlikte tabi olunan hukuki rejim de dönüşmüştür. Bu dönüşüm şu yönleriyle tartışılabilir. Öncelikle, yapılacak sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleri olsa da, sözleşme imzalanıncaya dek gerçekleştirilen tüm ihale işlemleri idari işlemler olduğundan, bu süreçte çıkacak uyuşmazlıklar idari yargıda çözüme kavuşturulacaktır. Ancak yapılacak sözleşmelerde, sözleşmeci özel hukuk kişinin belirlenmesi usulü ile ihale aşamasında uyulacak ilke ve esaslar bakımından 4734 sayılı Kanun’a tabi olunmayacaktır⁵⁷². Sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar ise adli yargının görev alanındadır. Davanın adli dava olması sebebiyle 3. kişilerin kamu

dönem içerisinde başlanmalıdır)”sı gerektiği vurgulanmıştır. Bkz. 8. Beş Yıllık Kalkınma Planı Adalet Hizmetlerinde Etkinlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Yayın No DPT: 2506, ÖİK: 526, Ankara 2000, 62. Erişim Tarihi: 12.08.2015. <http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/zet%20htisas%20Komisyonu%20Raporlar/Attachments/53/oik526.pdf>.

9. Kalkınma planında ise; “Modern ve çağdaş infaz rejiminin gereklerine uygun yerel ve bölgesel ölçeklerde güvenli cezaevleri yapımına olanak sağlayacak mali kaynaklar mutlaka yaratılacaktır. Bu çalışmalar çerçevesinde, fiziksel yapıları ve kapasiteleri itibariyle yetersiz bulunan küçük cezaevleri kapatılacak; birden çok merkeze hizmet verebilecek tam donanımlı bölgesel cezaevleri yapılacaktır. Ayrıca, infaz hizmetleri sorumluluğunun geniş kapsamlı ve ciddi oluşu nedeniyle, yasal sorumluluk sadece Adalet Bakanlığı üzerinde bırakılmayarak, diğer kamu kurum ve kuruluşlar ile özellikle, Eğitim, Sağlık ve İçişleri Bakanlıklarının da aktif katılımları sağlanacaktır. Bu bağlamda, yüksek güvenli sağlık kurumlarında tıp ve sağlık hizmetleri vermeye yönelik, bölgesel tıbbi cezaevleri kurulacaktır.” ifadelerine yer verilmiştir. Bkz. Adalet Hizmetleri ve Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Yayın No DPT: 2733, ÖİK: 684, Ankara 2007, 71, Erişim Tarihi: 01.01.2016. <http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/zet%20htisas%20Komisyonu%20Raporlar/Attachments/1/oik684.pdf>.

2007 yılında Özelleştirme İdaresi Başkanı tarafından yapılan bir açıklamada da; hizmet özelleştirmesi kavramının çok geniş olduğu, sağlıktan cezaevleri koruma hizmetlerine kadar birçok alanda özelleştirmelerin söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Bkz. Yıldız, 82. İlgili açıklama için Bkz. Hacer Boyacıoğlu, “Cezaevi Hizmeti Bile Özelleştirme İhalesine Giriyor”, Erişim Tarihi: 12.08.2015, http://www.referansgazetesi.com/haber.aspx?HBR_KOD=64712&KTG_KOD=147&ForArsiv=1.

⁵⁷² Mevcut KÖİ mevzuatı için uygulanacak ihale kuralları Kanun veya Uygulama Yönetmelikleri ile ayrıca belirtilmiştir. KÖİ taslak kanununda da uygulanacak ihale ilke usul ve esasları kuralları ayrıca gösterilmiştir. Daha önce, yap-işlet, yap-işlet-devret sözleşmelerinde de uyulacak ihale usul, ilke ve esasları da 4734 sayılı Kanun’a tabi değildi.

hizmetiyle bağlantılı menfaatlerine dayanarak sözleşmenin iptali için dava açma olanakları yoktur. Yine bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar sebebiyle sözleşmede öngörülmüş olması halinde, tahkim usulüne başvurulması mümkündür⁵⁷³. Bir diğer husus, idarenin tek yanlı fesih, tek yanlı değişiklik, denetim ve yaptırım uygulama gibi idari sözleşmelerde sahip olduğu yetkileri elinde bulundurup bulunduramayacağıdır. Kamu hizmetlerinin özelleştirilmesine yönelik yasal düzenlemeler incelendiğinde bu soruya olumlu yanıt verilmesi gerekir. Kamu özel işbirliği ve öncesindeki yasal düzenlemelerde, tek yanlı fesih ve/veya değişikliğe ilişkin bir düzenlemeye yer verilmese de⁵⁷⁴, taraflar arasındaki sözleşmeye bırakılmaksızın idareye, özel hukuk kişinin sözleşme kapsamındaki faaliyetlerini denetleme, hizmetin gereği gibi yerine getirilmesi için gerekli tedbirleri alma, tedbir mahiyetinde yaptırım uygulama⁵⁷⁵ ve yine özel hukuk kişinin yükümlülüklerine aykırı davranması halinde sözleşmenin feshi⁵⁷⁶ konusunda yetki ve sorumluluk verilmiş olduğu görülür⁵⁷⁷. O halde idarenin, faaliyet

⁵⁷³ Örneğin; 2014/6282 karar sayılı “Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği” nin 67. maddesine göre sözleşmede milletlerarası tahkim kaydı varsa uyuşmazlığın esasına Türk hukuku uygulanacak, tahkim yeri de ancak Türkiye olabilecektir.

⁵⁷⁴ Bununla birlikte 2012/3682 karar sayılı “Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yapıtırılması ile Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik” madde 36/2’de; “(...) Sözleşmenin yüklenicinin her hangi bir kusuru olmaksızın Bakanlık tarafından feshedilmesi veya Bakanlığın kusurundan kaynaklanan nedenlerle sözleşmenin yüklenici tarafından feshi durumunda, yüklenicinin zararının tazmininde (...) Bakanlık her türlü tedbiri alır.” ifadeleriyle özel hukuk kişinin kusuru olmasa da tek yanlı feshi mümkün kılınmıştır.

Taraflar arasındaki sözleşmeyle de idareye tek yanlı fesih ve tek yanlı değişiklik yetkisi tanınabilir. Ancak tek yanlı feshedilebilecek veya değiştirilebilecek bir özel hukuk sözleşmesini imzalamak konusunda özel hukuk kişilerinin istekli olmayacakları malumdur.

⁵⁷⁵ Örneğin, KÖİ Kanun tasarısı taslağının “Sorumluluk” başlıklı 16. maddesine göre; “Görevli şirketin idareye ve tüketicilere karşı yükümlülüklerini yerine getirememesi veya uygulama sözleşmesi şartlarını ihlal etmesi, iflası, konkordato ilan etmesi, ödeme güçlüğüne düşmesi hallerinde idare tarafından öngörülecek cezai yaptırımlar uygulama sözleşmesinde belirtilir.” 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un “Sözleşme” başlıklı 4. maddesine göre; “Yüklenicinin sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde idarenin uğrayacağı zararın tazminine ve cezai şartlara ilişkin hükümlere sözleşmede yer verilir.”

⁵⁷⁶ Örneğin 6428 sayılı Kanun; madde 4/6, 4/7, 4/8, 4/9, 4/10. 2012/3682 karar sayılı “Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yapıtırılması ile Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik; madde 42.

⁵⁷⁷ KÖİ Kanun tasarısı taslağı; madde 15/2’ye göre; “Uygulama sözleşmelerinde, (...) projenin her aşamasında denetim ve kontrolün nasıl sağlanacağına yönelik hükümlere yer verilir.” madde 16/2’ ye göre; “(...) idareler uygulama sözleşmesinin feshedilmesi durumunda kamu hizmetinin aksamaması için gerekli tedbirleri almak ve uygulamakla yükümlü ve yetkilidir.” 6428 sayılı Kanun madde 4/4’e göre; “İdare, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetler veya denetletir. Bakanlık, yüklenicinin performans denetimi ve işin yönetimine ilişkin olarak bir denetim ve yönetim sistemi kurabilir”. 2012/3682 karar sayılı Yönetmelik madde 39’a göre; “Bakanlık, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini, bütün aşamalarda denetler veya denetletir. Bakanlık performans denetimi

üzerindeki denetim ve gözetim hakkını kaybetmediği, hatta bu denetim alanının daha da genişleyeceği söylenebilir⁵⁷⁸. Öte yandan idarenin, sözleşmenin uygulanması esnasında hizmetin organizasyon ve yürütülmesine ilişkin tek yanlı değişiklik yapamayacak olması, hizmetin aksaması sonucu doğuracak tüm ihtimalleri düşünerek, sözleşme hükümlerini buna uygun düzenlenmesini gerektirecektir⁵⁷⁹.

Son olarak, kamu özel ortaklığına ilişkin genel bir kanun yürürlüğe girene dek KÖİ sözleşmelerinin sağlık, eğitim, adalet hizmetlerine hasredilmiş gibi gözükmese de, bugüne kadar enerji, ulaştırma, haberleşme gibi yatırım ve hizmet alanlarında özel hukuk kişisi ile yürütülen projelerin de bilinçli bir tercihle kamu özel ortaklığı adıyla anılmaya başlamış olduğunu söylemek gerekir. Bu anlamda 1999 tarihinden itibaren özel hukuk sözleşmeleri ile yürütülmesinin önünde bir engel kalmayan kamu hizmet ve yatırımlarının, yürütülmesi ve finansmanı konularındaki zihniyet değişimi KÖİ modeli ile yerleşik hale gelecektir.⁵⁸⁰

ve yönetimine ilişkin olarak denetim ve yönetim mekanizması kurabilir. Bu hususta ihtiyaç duyması halinde düzenleme yapabilir.”

⁵⁷⁸ Uyanık, 1162.

⁵⁷⁹ Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 57.

⁵⁸⁰ Bayramoğlu, 45.

SONUÇ

Kamu hizmetinin yürütülmesini özel hukuk kişisine bırakan sözleşmeler, ilk kez Fransız Danıştayı'nın 1910 tarihli "Therond Kararı" ile idari sözleşme sayılarak kamu hukuku kurallarına bağlı kılınmıştır. Fransız Danıştayı'nın bu kararını, kamu hizmetleriyle bağlantılı olmasa bile idarenin, özel hukuk kişisi ile eşit bir sözleşme ilişkisi kurmadığı sözleşmelerinin de idari sözleşme olacağına dair 1912 tarihli "Granits des Vosges Kararı" izlemiştir. Böylece Fransa'da, idarenin tarafı olduğu sözleşmelerin nitelendirilmesinde iki temel ölçüt belirlenmiştir. İdari sözleşme kuramı, idare hukuku ilkelerinin yargı içtihatları ile belirlendiği diğer Kıta Avrupası ülkelerinde de esas olarak Fransa'daki gelişim takip edilerek şekillenmiştir.

İdari sözleşmenin belirlenmesinde kamu hizmetinin belirleyici rolü, Türkiye'de de yargı içtihatları ile kabul edilmiş ve fakat yargı makamları idari sözleşme niteliğini "kamu hizmetlerinin yürütülmesi" kriterine sıkı sıkıya bağlı kabul etmişlerdir. Fransa'nın aksine Türkiye'de Yüksek Yargı, sözleşmede idareyi üstün kılan şartları, başka bir deyişle özel hukuku aşan kayıt ve şartları, sözleşmeyi idari saymak için yeterli bulmamıştır. Bu kayıt ve şartlar, sözleşme kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin değilse sözleşmeyi idari kılmayacaktır. Kamu hizmetinin yürütülmesini özel hukuk kişisine bırakan bir sözleşmede ise bu şartlar zaten vardır. Yüksek Yargı kimi kararlarında, konusu kamu hizmetinin yürütülmesi olmasa da kamu hizmeti ile alakalı bulunan ve idareyi sözleşmede üstün kılan şartların yer aldığı sözleşmelerin de idari sözleşme olacağını ilke olarak ortaya koymuşsa da, önüne gelen uyuşmazlıklarda bu özellikteki sözleşmeleri özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirmiştir. Bu tutumda, Osmanlı Devleti'nden beri Devletin mali yetersizlik ve alt yapı eksikliği sebebiyle yürütemediği kamu hizmetleri için yabancı yatırımcıyla yaptığı imtiyaz sözleşmelerinden edinilen idari sözleşme pratiğinin etkisi olduğu söylenebilir. Öte yandan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, 1924 Anayasası'ndan itibaren hukuki rejimi Anayasal olarak belirlenen tek sözleşme tipi olmuş ve öteden beri Danıştay'la ilişkilendirilmiştir. Bu sebeplerle yargı makamları tarafından kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, idari sözleşmenin temel tipi olarak görülmüş ve idari sözleşme kriterleri kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin özelliklerinden hareketle belirlenmiştir.

Türk hukukunda idari sözleşme, yalnız kamu hizmetlerinin yürütülmesini konu edinen sözleşmeler değildir. Maden işletme sözleşmeleri, orman işletme sözleşmeleri, kamu istikraz sözleşmeleri adı verilen sözleşmeler de idari sözleşmedir. Ancak bu sözleşmelerin içtihatla gelişen ölçütlerden hareketle idari sözleşme olduğu söylenemez. Kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin olmayan bu sözleşmelerin, Balta'nın ifadesi ile "idare hukukuna özgü bir düzenlenişi" zorunlu kılması sebebiyle idari sözleşme olduğu kabul edilmektedir.

İdari yargı rejimini benimseyen Türkiye'de, bir sözleşmenin idari sözleşme-imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmesi sözleşmenin kamu hukuku rejimine bağlı kılınması anlamına gelmektedir. Kamu hukuku rejimi; sözleşmeyi, kamu yararı ve kamu hizmetinin gerektirdiği hallerde idarenin müdahalesine açmakta, sözleşmenin uygulanması sebebiyle taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesini gerektirmekte, sözleşmeye ve sözleşme ile bağlantılı idari işlemlere karşı ilgililere idari yargıda dava açma imkânı vermektedir. Sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde ise sözleşme, üçüncü kişilerin müdahalesine kapanmakta, kamu müdahalesi zayıflamakta ve sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar adli yargıda yahut sözleşmede kabul edilmişse tahkim usulü ile çözümlenmektedir.

Bir sözleşme, yasa koyucunun iradesi ile idari veya özel hukuk sözleşmesi olarak açıkça nitelenmiş yahut sözleşmenin kamu hukuku ya da özel hukuk hükümlerine tabi olacağı hükme bağlanmış veya o sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklar için görevli yargı kolu gösterilmişse yargı makamları nasıl hareket edecektir? Sözleşmenin niteliğinin yasa ile belirlenmemiş olduğu durumlarda, sorun yoktur. Ancak yasa koyucunun tasarrufu içtihatla yaratılan kriterlere uygun değilse yasa koyucunun iradesi tartışmasız kabul edilecek midir? Yoksa bu iradeyi sınırlamak için Anayasal dayanak mevcut mudur? Yargı içtihatlarıyla idari sözleşme, hatta imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilen kamu hizmetlerinin yürütülmesini özel hukuk kişisine bırakan sözleşmelerin, 1980'li yıllardan itibaren gerçekleştirilen yasal düzenlemeler ile özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi karşısında bu konu, Türk idare hukuku öğretisinde uzun süre tartışma konusu olmuş ve Yasama'nın içtihatla uyumsuz tasarrufu Yargı'nın direnci ile karşılaşmıştır. "Yap-işlet-devret" adı verilen yeni bir modeli düzenleyen ve o güne dek kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile özel hukuk kişisine bırakılabileceği düşünülen yatırım ve hizmetlerin özel hukuk hükümlerine bağlı olarak yürütülmesini hükme

bağlayan yasal düzenlemeler, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay bu sözleşmeleri imtiyaz sözleşmeleri olarak nitelendirmiştir. 1980-1999 yılları arasında pek çok yasal düzenlemenin iptal edilmesiyle devam eden süreç, yasama organının karşı direnciyle; Anayasa değiştirilerek son bulmuştur. Anayasal değişiklik sonrasında, kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olamayacağı, dolayısıyla bu sözleşmelerin uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların idari yargıda görülüp, tahkime elverişli olamayacağını söylemenin anlamı kalmamıştır.

Türkiye’de Yasama ve Yüksek Yargı arasında yaşanan ve Anayasa değişikliği ile Yasama lehine sonuçlanan bu çatışma, Avrupa Birliği Hukuku ve onu da etkileyen küresel iktisadi ve politik eğilimin bir neticesidir. Bu sebeple, 1980’lerden itibaren kamu kesiminin daraltılarak özel hukuk kişisi ve özel hukuk usullerine ağırlık verilmesi, kamu hizmetlerinin de özel hukuka tabi kılınması, başka bir deyişle geniş anlamıyla özelleştirmeyi amaçlayan girişimleri açıklama çabası, bu eğilim dikkate alınmaksızın eksik kalacaktır. Bu eğilimin etkisi ve Anayasal engelin de ortadan kalkmasıyla özel hukuka göre yürütülmesi mümkün hale getirilen hizmet alanlarına ilişkin mevzuatın parçalı görünümü için ise “kamu özel işbirliği” modeli geliştirilmiştir.

Bugün Türk Hukuku’nda özel hukuk kişinin katılımının mümkün olmadığı bir hizmet alanı yoktur. Bu anlamda eğitim, sağlık, adalet hizmetleri gibi idari kamu hizmetlerinde dahi özel hukuk kişinin hizmetin yürütülmesini üstlenmesi mümkündür. Bu konuda sınırı, Anayasa’nın 128. maddesi oluşturmaktadır. Hizmet, özel hukuk kişisine “özel hukuk sözleşmesiyle” gördürülmek isteniyorsa, hizmet alanı için bu kez Anayasa’nın 47. maddesinin sınırlaması da devreye girecek ve hizmet alanı ilk kez kamu hukuku alanı dışına çıkarılıyorsa yasal düzenleme gerekecektir.

Kamu özel işbirliği modeli ile idari hizmet alanlarının da dâhil olduğu yatırım ve hizmet alanları ilk kez kamu hukuku dışına çıkarılmış değildir. Kamu hizmetleri alanında yaşanan parçalanma da daha önce bu parçaların, başka bir deyişle asıl hizmete yardımcı her bir hizmetin (diğer hizmet-ihtiyari hizmet) kamu ihale sözleşmeleri ile özel hukuk kişisinden temin edilmesinin yolunun açılmış olması ile gerçekleşmiştir. Kamu özel işbirliğinin önemi ise bu parçaların; yap-kirala-(işlet)-devret, yenile-(işlet)-devret gibi yöntemlerle tek bir ihale konusu yapılmasına imkân tanınmasındadır.

Öte yandan yargı kararlarıyla 1999 yılına dek kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine yüklenen “kapsayıcı hukuki rejim” anlamı, bu kez yasa koyucu tarafından kamu özel işbirliği modeline yüklenecektir. Kamu özel işbirliği modeline ilişkin henüz yürürlüğe girmemiş olan çerçeve kanun taslağı ile ortaya konulan bu niyet sürdürülmektedir. Bugüne dek işletme hakkının devri, yap-işlet, yap-işlet-devret sözleşmeleri ile yürütülen yatırım ve hizmetlere ilişkin mevzuat, KÖİ mevzuatı olarak ele alınmaktadır. Bu mevzuata, yap-kirala-(işlet)-devret ve yenile-(işlet)-devret sözleşmeleri ile yürütülecek sağlık ve eğitim hizmetleri de eklenmiştir. Bir sonraki düzenlemenin ise adalet hizmetleri alanında olması kuvvetle muhtemeldir. Bu mevzuatın tamamının önümüzdeki bir kaç yıl içinde çerçeve bir kanun altında birleştirileceği, kalkınma planları ve kamu yatırım politikalarına ilişkin programlara bakılarak söylenebilir.

KAYNAKÇA

- Akdağ, Mustafa, *Türkiye'nin İktisadi ve İçtimai Tarihi*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2014.
- Akıllıoğlu, Tekin, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, *İ.H.İ.D.*, 9 (1-3),1988.
- Akın, Ümit, “Elektrik Üretim ve Dağıtım Tesislerinin İşletme Hakkının Devri ve İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri”, *Danıştay Dergisi*, 102.
- Aktan, Coşkun Can, “Klasik Liberalizm, Neo-liberalizm ve Libertarianizm”, *A.İ.D.*, 28 (1), 1995, 12.
- Akyılmaz, Bahtiyar – Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- Aliefendioğlu, Yılmaz, “Kamu Hizmeti-Kamu Yararı Açısından Özelleştirme Ve AYM Kararları”, *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu II*, Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sözkese Matbaacılık, 26 Mart 2004.
- Atalı, Murat, “Ara Bağlantı Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği Ve Bu Sözleşmelerden Doğan İhtilafların Çözümünün Ait Olduğu Yargı Kolu”, *A.Ü.H.F.D.*,10 (1-2), 2006.
- Atar, Yavuz, “Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi”, *Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan*, C.II, Ankara 2013.
- Atay, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- Avcı, Mustafa, “İdarenin Kamu Hizmeti Faaliyetlerinde Daralma Ve Dönüşüm: Özelleştirme Ve Regülasyon”, *T.A.A.D.*, y:5, s:16, Ocak 2014.
- Ay, Hakan ve Merter, M. Emin, Erişim Tarihi: 29.08.2015, http://193.25.125.6/YerelYonetimlerForumu2013/Sunum_Metinleri/12Aralik2013/SalonB/Mehmet_Emin_Merter.pptx,
- Ayanoğlu, Taner, “Elektrik Kamu hizmetlerinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru”, *İ.H.İ.D.*,13 (1), 2000.

- Ayaydın, Cem, “İdare Hukukçuları İçin Yeni Bir Hukuk Düzeni”, *Erdoğan Teziç’e Armağan Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi*, No:5, Nisan 2007.
- Ayhan, Önder, “İdari Sözleşmeler”, *Danıştay Dergisi*, y:9, s:32-33, 1978.
- Azrak, Ülkü, “İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 29 (3), 1963.
- , “İdari Yargı Dışı Alternatif Uyuşmazlık Çözme Usulleri”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 141. Yıl Sempozyum*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:79, 2010.
- , “Millileştirme ve Kamu Hizmeti”, *İ.Ü.H.F.M.*, 36 (1-4), 1970.
- , “Türkiye’de İdari Yargının Bağımsızlığı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C:25, 2008, Erişim Tarihi: 12.09.2015. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/yayinlar/anayasayarg%C4%B1s%C4%B1.html>.
- , “Türkiye’de Madenlerin Hukukî Rejimi Üzerine Düşünceler”, *İ.H.İ.D.*, 1 (2), Ağustos 1980.
- , *Millileştirme ve İdare Hukuku*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976.
- Balkar, Kemal Galip, “Maden İmtiyaz Mukavele ve Şartnamelerinin Hukuki Mahiyeti”, *A.Ü.S.B.F.D.*, 1 (4), 1946.
- Balta, Tahsin Bekir, *İdare Hukukuna Giriş*, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No:117, Sevinç Matbaası, Ankara 1968/1970.
- Başkaya, Fikret, *Devletçilikten 24 Ocak Kararlarına Türkiye Ekonomisinde İki Bunalım Dönemi*, Öteki Yayınevi, İstanbul Mart 2015.
- Başpınar, Recep, “İdari Sözleşmelerden Doğan Davalar”, *Yüzyıl Boyunca Danıştay Dergisi*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1968.
- Bayramoğlu, Sonay, *Yönetişim Zihniyeti: Türkiye’de Üst Kurullar ve Siyasal İktidarın Dönüşümü*, İletişim Yayınları, İstanbul 2005.
- Bilgen, Pertev, *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Kurtulmuş Matbaası, İstanbul 1970.

- Bocutoğlu, Ersan, *İktisadi Düşünceler Tarihi*, Murathan Yayınevi, Ankara 2012.
- Boyacıoğlu, Hacer, “Cezaevi Hizmeti Bile Özelleştirme İhalesine Giriyor”, Erişim Tarihi:12.08.2015. http://www.referansgazetesi.com/haber.aspx?HBR_KOD=64712&KTG_KOD=147 &ForArsiv=1
- Boz, Selman Sacit, “Kamu Özel İşbirliği (PPP) Modeli”, *İ.Ü.H.F.D.*, 4 (2), 2013.
- Buz, Vedat, “Tartışmalar”, *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu II*, Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sözkese Matbaacılık, 26 Mart 2004.
- Çağlayan, Ramazan, “İdare Hukukunda Tahkim Usulü ve Kapsamı”, *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu II*, Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sözkese Matbaacılık, 26 Mart 2004.
- Çal, Sedat, “Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi”, *A.Ü.S.B.F.D.*, 63 (4), Erişim Tarihi: 15.09.2015. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/936/11660.pdf>.
- , “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi”, *G.Ü.H.F.D.*, 14 (1), 2010.
- , “Kamu Borçlanma Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine”, 70, Erişim Tarihi: 10.09.2015, <http://www.idare.gen.tr/cal-borclanma.pdf>.
- , “Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü”, Erişim Tarihi: 15.09.2015. <http://www.tobb.org.tr/Documents/yayinlar/SCal-DonusumOykusu.pdf>.
- Çelik, F. Eda, “Hizmet Sunumuna Katılım Ve Kamu Özel Ortaklıkları”, Erişim Tarihi: 05.12.2015. http://www.academia.edu/9620962/Hizmet_Sunumuna_Kat%C4%B1l%C4%B1m_ve_Kamu_%C3%96zelOrtakl%C4%B1klar%C4%B1.
- Çırakman, Birsen, “Kamu Hizmeti”, *A.İ.D.*, 9 (4), Aralık 1976.
- Çorbacıoğlu, Şevket, “Osmanlıdan Günümüze İhale Yasaları”, Erişim Tarihi: 15.11.2015, <http://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/1358.pdf>.
- Derbil, Süheyy, *İdare Hukuku*, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1959.
- Devellioğlu, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Aydın Kitabevi Yayınları, Ankara 2001.

- Dinçer, Güven, “İdarenin Yaptığı Mukavelelerden Doğan İhtilafların Hal Yolları”, *Danıştay Dergisi* y:3, s:8, 1973.
- Duran, Burhanettin, *Türk Parlamento Tarihi*, TBMM XIX. Dönem (1991-1995), I. Cilt, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No: 150, Erişim Tarihi: 02.10.2015. https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/burhanettin_duran/cilt1.pdf.
- Duran, Lûtfi, “Yap-İşlet-Devret”, *Prof. Dr. Muammer Aksoy’a Armağan, A.Ü.S.B.F.D.*, 46 (1-2), Ocak- Haziran 1991.
- , *İdare Hukuku Dersleri*, Fakülte Matbaası, İstanbul 1982.
- Emek, Uğur, “Türkiye’de Altyapı Hizmetlerinin Özel Sektöre Gördürülmesi: Neden, Ne Zaman, Nasıl?”, *İktisat, İşletme ve Finans Dergisi*, 24 (284) 2009, Erişim Tarihi: 04.12.2015. http://www.kalkinma.gov.tr/KamuOzelIsbirligiYayinlar/5-T%C3%BCrkiye'deAltyap%C4%B1_Hizmetlerinin%C3%96zel_Sekt%C3%B6reG%C3%B6rd%C3%BCr%C3%BClmesi.pdf.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku*, Yetkin Basımevi, Ankara 2015.
- Erkut, Celal, “*İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*”, Danıştay Yayınları, No:51, Ankara 1990.
- Esirgen Örsten, Seda, “II. Meşrutiyet Meclis Tutanaklarına Göre “Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun”un Kabulü”, *A.Ü.H.F.D.*, 60 (4), Ankara 2011.
- , *Osmanlı Devleti’nde Yabancılar Verilen Kamu Hizmeti İmtiyazları*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara 2010.
- Genç, Mehmet, “İltizam”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 155, Erişim Tarihi: 28.08.2015, <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c22/c220089.pdf>
- Giritli, İsmet - Bilgen, Pertev - Akgüner, Tayfun ve Berk, Kahraman, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2013.
- Gözler, Kemal ve Kaplan, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2014.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku C.I, C.II*, Ekin Yayınevi, Bursa 2009.

Gözübüyük, Şeref ve Tan, Turgut, *İdare Hukuku I*, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.

Gülan, Aydın ve Berkarda, Kemal, “İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler”,
Özay, *Günüşiğinde Yönetim*.

Gülan, Aydın, “Conseil d’État’nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı”, *2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu*, Danıştay Yayınları No:59, Ankara 11-12 Mayıs 2000.

-----, “Kamu Hizmetlerinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği”,
Ali Ulusoy, *Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, Liberte Yayınları, Ankara Ekim 2001.

-----, “Kamu Malları”, Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.

-----, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, *İ.Ü.H.F.M.*, 56 (1-4), 1998.

-----, “Kamu Hizmeti Kavramı”, *İ.H.İ.D.*, (Prof. Dr. Lûtfi Duran’a Armağan Özel Sayısı), 9 (1-3), 1988.

Günday, Metin, “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, *A.Y.D.*, C:14, 1997.

-----, “Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye’de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler”, *Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye*, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası (TCMB) Yayını, Ankara 2001.

-----, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara 2013.

Gündüzöz, İlker, *Belediye Ekonomisi Belediyelerin Ekonomideki Yeri ve Önemi*, Türkiye Belediyeler Birliği, Ankara Mart 2012.

Güngör, Harun, “Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Uygulamaları ve Türkiye İçin Değerlendirme”, Uzmanlık Tezi, Sosyal Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, T.C. Kalkınma Bakanlığı, Yayın No: 2831, Ekim 2012. Erişim Tarihi: 01.12.2015. http://www.kalkinma.gov.tr/KamuOzelIsbirligiYayinlar/2_Password_Removed.pdf.

Güran, Sait, “İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl Sempozyumu*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:77, 12 Mayıs 2008.

-----, Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri Bakanların Durumu, *A.Y.D.*, C:1, 1984.

Güzelsarı, Selime, “Kamu Özel Ortaklıkları Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme”, *Kamu Yönetimi: Yapı İşleyiş Reform* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayın No: 598 Kamu Yönetimi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayın No:5, Ankara Ekim 2009.

-----, “Neoliberal Politikalar ve Yönetişim Modeli”, *A.İ.D.*, C:36, 2 Haziran 2003.

Hatemi, Hüseyin, *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri C.I.*, İ.Ü.H.F.Y. No:514, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1979.

“İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim”, Panel, T.B.B. yayını, Ankara 16 Temmuz 1999. Erişim Tarihi: 05.07.2015. <http://tbbayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBook/s/is-ut.pdf>.

Kalabalık, Halil, *İdare Hukuku Dersleri*, Değişim Yayınları, İstanbul 2004.

Kanlıgöz, Cihan “Kamu Borçlanma (İstikraz) Sözleşmeleri”, *A.Ü.S.B.F.D.*, 52 (1), 1997.

Kara, Uğur, *Sosyal Devletin Yükselişi ve Düşüşü*, Karahan Kitabevi, Adana Ekim 2013.

Karahanogulları, Onur, “Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, 7 (1), Ocak 1998, Erişim Tarihi: 12.11.2015. <http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/51bf72844f86e92ek.pdf?dergi=Cagdas%20Yerel%20Yonetimler%20Dergisi>.

-----, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari işlemler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

-----, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

Karasu, Koray, “Kamu Özel Ortaklığı: Sözleşme Sisteminin Genelleşmesi”, *Kamu Yönetimi: Yapı İşleyiş Reform* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayın No: 598 Kamu Yönetimi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayın No: 5, Ankara Ekim 2009.

- Karayalçın, Yaşar, “Tartışmalar”, *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu II*, Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sözkese Matbaacılık, 26 Mart 2004.
- Karslı, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Kaya, Cemil, *Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay’ın Bakışı*, XII. Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Kent, Bülent, “Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı”, *G.Ü.H.F.D.*, 15 (2), 2012.
- Kıratlı, Metin, *Koruyucu İdari Hizmetler*, TODAİE Yayınları No:135, Sevinç Matbaası, Ankara 1973.
- Köksal, Tunay, “Türkiye’de Belediye Hizmetlerinin Özelleştirilmesi Üzerine”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, 2 (5), Eylül 1993. Erişim Tarihi: 18.11.2015. <http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/036646582c55081ek.pdf?dergi=Cagdas%20Yerel%20Yonetimler%20Dergisi>.
- Kutlu, Meltem, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No:75, İzmir 1997.
- Meriç, Osman, “İdari Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İçtihatla İşlenmiş ve işlenmemiş Yönleri,” *Danıştay Dergisi* y:3, s:11, 1973.
- Oder, Burak, “Kamu İhale Hukuku”, Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- Odyakmaz, Zehra, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, *G.Ü.H.F.D.*, 2 (1-2), 1998.
- Oğuzman, M. Kemal ve Barlas, Nami, *Medeni Hukuk*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Onar, Sıddık Sami, “İdare Hukukunun Umumi Esasları”, *C.I, C.II, C.III*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- , “Türk İdare Hukukunun Tekâmül Safhaları ve Bugünkü Esasları”, *Hukuk İlmini Yayma Kurumu-Konferanslar Serisi: 3*, Ankara 1936.
- Orak, Cem Çağatay, “Kamu Hizmeti: Tabula Rasa Avrupa Birliği Sürecinde Nasıl Doldurulacak?”, *T.B.B. Dergisi*, s: 68, 2007.

- , *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Sözkese Matbaası, Ankara 2006.
- Osten, Necmi, *İdare Hukuku Dersleri*, Başnur Matbaası, Ankara 1968.
- , *İdarî Mukavele ve Âmme Hizmeti İmtiyazlarının Hukukî Mahiyeti*, Arkadaş Basımevi, İstanbul 1938.
- Ozansoy, Cüneyt, “Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset Ve Habaset Alanı”, *A.Ü.H.F.D.*, 46 (1-4), 1997.
- Özay, İl Han, “Yap-İşlet-Devret Modeli ve Yarattığı Sorunlarla Çözüm Önerileri”, *Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim Ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No:8, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1999.
- , “Ortak Yararlı İşletme Ya Da Nam-ı Diğer “Müşterek Emanet”, *İ.Ü.H.F.M.*, 54 (1-4), 1991-1994.
- , “Türkiye’de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı”, *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:33, Ankara 10-11-12 Haziran 1982.
- , “Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: "Çok Yaşa" Ya Da "A Tes Amour"', *İ.Ü.H.F.M.*, 56 (1-4), 1998.
- , *Günışığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- Özbilgiç, Zergül, “Uluslararası Anlaşmalar Bakımından Uluslararası Tahkim ve Yabancılaşma Unsuru”, *Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, Ali Ulusoy, Liberte Yayınları, Ankara Ekim 2001.
- Özbudun, Ergun, “Türk Anayasa Mahkemesi’nin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, *A.Ü.S.B.F.D.*, 62 (3), 2007.
- Özko, Adil, *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Açısından İdari Yargının Görev Alanı*, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.
- Öztoprak, Sezin, “6475 Sayılı Posta Hizmetleri Kanunu ile Yeniden Yapılandırılan Posta Hizmetleri Teşkilatı; “PTT A.Ş.”, Erişim Tarihi: 03.11.2015. <http://www.ankarabarosus.org.tr/siteler/ankarabarosus/tekmakale/2014-2/13.pdf>.

- Öztürk, Fatih, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun Ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli Mi?*, Beta Basım, İstanbul 2012.
- Pamir, Aybars, “Kapitülasyon Kavramı ve Osmanlı Devleti’ne Etkileri”, *A.Ü.H.F.D.*, 51 (2), Ankara 2002.
- Pekcanitez, Hakan – Atalay, Oğuz ve Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013.
- Polatkan, Vahit, *Yap-İşlet-Devret Modeli İle Ulusal Ve Uluslararası Tahkim*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2000.
- Questinaux, Nicole, “İdare ve Hukuk Kuralı: Fransız Conseil d’État’sının Önleyici Rolü”, çev. Cemil Kaya, *S.Ü.H.F.D. 20. Yıl Armağanı*, 11 (1-2), 2003.
- Savaş, Vural Fuat, “Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme”, *Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme*, A.Y.D., C:15, Ankara 1998.
- Sever, Çiğdem, “Kamu hizmetlerinde Biçimsel Ölçütte Çözülme ve Anayasanın 128. Maddesinin I. Fıkrası”, *Ankara Barosu Dergisi*, 71 (3), 2013.
- , *Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara 2013.
- Sezen, Seriyen, “Kamu Yönetimi Reformları Küresel Bir Düzenleme mi?”, *A.İ.D.*, C:42, 1 Mart 2009.
- Sezer, Cumhur ve Büber, Bülent, *Yerel Yönetimler İçin Hizmet Alımı İhaleleri Kılavuzu*, TODAİE Yayın No:365, Ankara 2012.
- Sezginer, Murat, “İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci”, *G.Ü.H.F.D.*, 11 (1-2), 2007.
- , *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- Sirmen, Lale, “Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli”, *Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Şimşek, Suat, “Kamu Mallarının Özel Mülkiyete Konu Olmaması İlkesinin Mülkiyet Hukukuna Yansımaları”, *Sayıştay Dergisi*, C:92, Ocak-Mart 2014.

- Skousen, Mark, *İktisadi Düşünceler Tarihi Modern İktisadın İnşası*, çev. Mustafa Acar, Ekrem Erdem ve Metin Toprak, Liberte Yayınları, Ankara 2014.
- Tan, Turgut ve Akıllıoğlu, Tekin, “1961 Anayasası ve Türkiye’de Yönetim Hukukunun Uygulama Alanı Sorunu”, *A.İ.D.*, 11 (2), 1978.
- , “Dönüşüm Geçiren İdare Hukukunun Uygulama Alanı da Daralıyor mu?”, *Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan C.I.*, Ankara 2013.
- , “İdare Hukuku Açısından Yap-İşlet- Devret Sözleşmeleri”, *Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Bildiriler-Panel*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 19 Haziran 1996 Ankara.
- , “İdare Hukuku ve Tahkim”, *A.İ.D.*, 32 (3), 1999.
- , “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, *A.Ü.S.B.F.D.*, 50 (3-4), 1995.
- , “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri”, *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000*, C.I, Ankara 12-16 Ocak 2000,
- , “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline”, *A.Ü.S.B.F.D.*, 47 (34), Haziran-Aralık 1992.
- , “Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılara Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, *A.Ü.S.B.F.D.*, 22 (2), 1967.
- , “Sağlık Hizmeti İhale Yoluyla Satın Alınabilir mi?”, *İl Han Özay’a Armağan, İ.Ü.H.F.M.* 59 (1-2), Legal Yayıncılık, 2011.
- , *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2015.
- Tekin, Ali Güner, “Kamu-Özel Sektör İşbirlikleri Kamu Özel Ortaklıkları (Public Private Partnerships veya Ppp Modelleri”, Erişim Tarihi: 04.12.2015. <http://www.oib.gov.tr/baskanlik/aligunertekin.pdf>.
- , *Kamu Özel İşbirlikleri/Ortaklıkları [PPP] ve Türkiye Deneyimi*, T.C. Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, Mayıs 2008.
- Tekinsoy, Ayhan, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, *A.Ü.H.F.D.*, 55 (1-2), 2006.

- , *İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Ankara 2002.
- Temiz, Özgür, *Türk Hukukunda Sağlık Hakkı ve Bir Kamu Hizmeti Olarak Sağlık*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı Ankara 2013.
- Tiryaki, Refik, *Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa*, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.
- Tokatlıoğlu, Mircan Yıldız, *Küreselleşme ve Kamu Hizmetleri*, Alfa Aktüel Yayınları, Aralık 2005.
- Toprak, Eren, *Türkiye’de Hizmet Alımı İhaleleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara Mart 2012.
- Türk, Hikmet Sami, “Tartışmalar”, *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu II*, Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sözkese Matbaacılık, 26 Mart 2004.
- Uler, Yıldırım, “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, *Anayasa Mahkemesi’nin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler*, Anayasa Mahkemesi Yayın No: 40, 27-28 Nisan 1998.
- Ulusoy, Ali, “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi”, *A.Ü.H.F.D.*, C.48, 1999.
- , “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görüş Usulleri, Kavramları”, *Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, Ali Ulusoy, Liberte Yayınları, Ankara Ekim 2001.
- , *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, İstanbul, Eylül 2004.
- , “Anayasa Mahkemesi’nin Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesine ve Bunlara İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme”, *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu II*, Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sözkese Matbaacılık, 26 Mart 2004.
- Uslu, Ferhat, *Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

- Uyanık, Halit, “İdare Hukukunun Eksen Kayması: İdarenin Üstünlüğünün Gerekçelendirilmesi Sorunu”, *İ.Ü.H.F.M.*, 69 (1-2), 2011.
- Uz, Abdullah, *Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi ve Devri Bakımından Anayasal Sınırlar*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- , “Kamu-Özel Ortaklığı/Public-Private Partnership (PPP) (Kavram ve Hukuksal Çerçeve)”, *G.Ü.H.F.D.*, 11 (1-2), 2007.
- Uzunkaya, Mehmet, “Kamu Özel İşbirliği Türkiye Tecrübesi”, Erişim Tarihi: 10.12.2015. <https://www.maliye.gov.tr/ProjeDokumanlari/10MartMehmetUzunkayaDPT.pps>.
- Varlıer, Oktay, “Yap-İşlet-Devret Modelinin Türk Ekonomisindeki Önemi”, *Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sözkese Matbaacılık, 26 Mart 2004.
- Yasin, Melikşah, *Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi*, Beta Basım, İstanbul 2007.
- Yaşar, Hasan Nuri, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2013.
- Yayla, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta Basım, İstanbul 2009.
- Yerlikaya, Gökhan Kürşat, *Yap-İşlet-Devret Modeli Hukuki Mahiyeti ve Vergilendirme*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.
- Yıldırım, Turan – Yasin, Melikşah – Karan, Nur – Özdemir, H. Eyüp – Üstün, Gül ve Tekinsoy, Okay, *İdare Hukuku*, XII. Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- , “Kamu Hizmeti ve Kâr Amacı”, Ali Ulusoy, *Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, Liberte Yayınları, Ankara Ekim 2001.
- Yıldız, Şerife, *İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Eskişehir 2009.
- Zabunoğlu, Yahya Kazım, “Yap-İşlet-Devret Konusunda Yasal Düzenleme Örnekleri ve Yargı Kararlarının Işığında Yeni Bir Düzenleme Modeli” *Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu*,

Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sözkese Matbaacılık, 26 Mart 2004.

-----, *İdare Hukuku I*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

http://www.oib.gov.tr/telekom/turk_telekom.htm. Erişim Tarihi: 25.09.2015.

T.C. Kalkınma Bakanlığı, “Onuncu Kalkınma Planı Kamu Özel İşbirliği Özel İhtisas Komisyonu Raporu”, Ankara 2014. Erişim Tarihi: 04.12.2015.

<http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/zel%20htisas%20Komisyonu%20Raporlar/Attachments/221/Kamu%20%C3%96zel%20%C4%B0%C5%9Fbirli%C4%9Fi%20%C3%96%C4%B0K%20Raporu.pdf>.

Kamu Özel İşbirliği Mevzuatı, T.C. Kalkınma Bakanlığı, Yatırım Programlama İzleme ve Değerlendirme Genel Müdürlüğü, Mayıs 2015. Erişim Tarihi: 01.12.2015.

<http://www.kalkinma.gov.tr/Documents/Kamu%20%C3%96zel%20%C4%B0%C5%9Fbirli%C4%9Fi%20Mevzuat%C4%B1-2015.pdf#search=kamu%20%C3%B6zel>.

http://www.tbd.org.tr/usr_img/cd/kamubib17/raporlarPDF/RP3-2009.pdf. Erişim Tarihi: 01.12.2015.

T.C. Kalkınma Bakanlığı Yatırım Programlama İzleme Ve Değerlendirme Genel Müdürlüğü, *Dünyada Ve Türkiye’de Kamu-Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler*, Kasım 2012, Erişim tarihi: 01.12.2015. http://www.kalkinma.gov.tr/KamuOzelIsbirligiYayinlar/2_Password_Removed.pdf.

http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2008.pdf. Erişim Tarihi: 05.12.2015.

http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2009.pdf. Erişim Tarihi: 05.12.2015.

<http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/Kalknma%20Planlar/Attachments/12/Onuncu%20Kalk%C4%B1nma%20Plan%C4%B1.pdf>. Erişim Tarihi: 04.12.2015.

http://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_6_raporlar/1_2_green_papers/cm2004_green_paper_on_public_private_partnerships.pdf. Erişim Tarihi: 04.12.2015.

<http://www.abmaliye.gov.tr/ABDID%20Raporlar/Ara%C5%9Ft%C4%B1rma%20ve%20%C4%B0nceleme%20Serisi/K%C3%96%C4%B0%20Ye%C5%9Fil%20Kitap.pdf>. Erişim Tarihi: 04.12.2015.

<http://arkitera.com/files/yarisma/497/TEKN%C4%B0K%20%C5%9EARTNAME.doc>. Erişim Tarihi: 30.12.2015.

<http://iedb.meb.gov.tr/www/egitim-kampusleri-mimari-proje-yarismasi-odul-toreni-ve-kolokyumu-yapildi/icerik/276>. Erişim tarihi: 30.12.2015.

<http://iegb.meb.gov.tr/EgitimKampusleri.html>. Erişim Tarihi: 30.12.2015.

http://yurtkur.gsb.gov.tr/PublicEdit/images/KYK/DUYURULAR/2015_OnProtokol_TeknikSart-name.pdf.pdf. Erişim Tarihi: 01.01.2016.

8. Beş Yıllık Kalkınma Planı Adalet Hizmetlerinde Etkinlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Yayın No DPT: 2506, ÖİK: 526, Ankara 2000. Erişim tarihi: 12.08.2015. <http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/zel%20htisas%20Komisyonu%20Raporlar/Attachments/53/oik526.pdf>.

Adalet Hizmetleri ve Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Yayın No: DPT: 2733, ÖİK: 684, Ankara 2007. Erişim Tarihi: 01.01.2016. <http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/zel%20htisas%20Komisyonu%20Raporlar/Attachments/1/oik684.pdf>.

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/0.1.6.pdf>. Erişim Tarihi: 03.08.2015.

MAHKEME KARARLARI

AYM; E.1976/1, K.1976/28, K.T: 25.05.1976. 16.08.1976 tarih ve 15679 sayılı R.G.

AYM; E.1988/5, K.1988/55, K.T: 22.12.1988. 25.07.1989 tarih ve 20232 sayılı R.G.

AYM; E.1988/32, K.1989/10, K.T: 28.02.1989. 22.09.1989 tarih ve 20203 sayılı R.G.

AYM; E. 1990/4, K. 1990/6, K.T: 12.04.1990. 18.06.1990 tarih ve 20551 sayılı R.G.

AYM; E.1990/12, K.1991/7, K.T: 04.04.1991. 13.08.1991 tarih ve 20959 sayılı R.G.

AYM; E.1990/70, K.1990/65-2, K.T: 22.12.1994. 28.01.1995 tarih ve 22185 sayılı R.G.

- AYM; E.1992/44, K.1993/7, K.T: 09.02.1993. 19.06.1993 tarih ve 21612 sayılı R.G.
- AYM; E.1994/43, K.1994/42-2, K.T: 09.12.1994. 24.01.1995 tarih ve 22181 sayılı R.G.
- AYM; E.1994/71, K.1995/23, K.T: 28.06.1995. 20.03.1996 tarih ve 22586 sayılı R.G.
- AYM; E.1996/63, K.1997/40, K.T: 26.03.1997. 28.06.2001 tarih ve 24446 sayılı R.G.
- AYM; E.1996/72, K.1997/52, K.T:15.05.1997. 01.02.2001 tarih ve 24305 sayılı R.G.
- AYM; E.2001/377, K.2002/59, K.T: 26.06.2002. 09.11.2002 tarih ve 24931 sayılı R.G.
- AYM; E.2003/75, K.2006/114, K.T: 21.12.2006. 31.03.2007 tarih ve 26479 sayılı R.G.
- AYM; E.2012/105, K.2013/71, K.T: 06.06.2013. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/1ad5f2e2-103e-4e10-a315-31fc7c00691b?exclude-Gerekce=False&wordsOnly=False>. Erişim Tarihi: 20.12.2015.
- AYM; E.2013/50, K.2015/38, KT: 01.04.2015. 15.04.2015 tarih ve 29327 sayılı R.G.
- Danıştay D.D.G.K.; E.1938/375, K.1944/54, K.T: 11.04.1944. *Danıştay Kararları Dergisi*, 27.
- Danıştay D.D.U.H.; E.1940/239, K.1940/290, K.T: 24.09.1940. *Danıştay Kararları Dergisi*, 14.
- Danıştay D.D.U.H.; E.1941/141, K.1941/216, K.T: 08.07.1941. *Danıştay Kararları Dergisi*, 19.
- Danıştay 1.D.; E.1965/933, K.1966/44, K.T: 11.01.1966. *Danıştay Kararları Dergisi*, 100-102.
- Danıştay D.D.K.; E.1968/702, K.1969/699, K.T: 17.10.1969. *Danıştay Dergisi*, y:1, 1.
- Danıştay 12.D.; E.1974/1958, K.1976/2141, K.T: 02.11.1976, *Danıştay Dergisi*, y:10, 26-27.
- Danıştay D.D.K.; E.1976/456, K.1977/254, K.T: 13.05.1977, *Danıştay Dergisi*, y:8, 28-29.
- Danıştay 12.D.; E.1979/1427, K.1979/1461, K.T: 18.04.1979. *Danıştay Dergisi*, y:10, 36-37.

Danıştay İ.D.D.G.K.; E.1986/45, K.1987/31, K.T: 12.06.1987. *Danıştay Dergisi* y:18, 68-69.

Danıştay 8.D.; E.1989/1174, K.1989/1148, K.T: 28.12.1989. *Danıştay Dergisi*, y:20, 78-79.

Danıştay 10.D.; E.1991/1, K.1993/1752, K.T: 29.04.1993. *Danıştay Dergisi*, y:24, 88.

Danıştay 1.D.; E.1992/232, K.1992/294, K.T: 24.09.1992. *Danıştay Dergisi*, y:23, 87.

Danıştay İ.İ.K.; E.1996/79, K.1996/83, K.T: 03.10.1996. *Danıştay Dergisi*, y:27, 93.

Danıştay 1.D.; E.1998/267, K.1998/481, K.T: 16.12.1998. *Danıştay Dergisi*, y:29, 100.

Danıştay 10.D.; E.2006/5525, K.2009/793, K.T: 10.02.2009. Erişim Tarihi: 12.12.2015.
<http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#>.

U.M.; E.1946/2, K.1946/2, K.T: 03.01.1946. 28.02.1946 tarih ve 6244 sayılı R.G.

U.M.; E.1946/5, K.1946/1, K.T: 24.01.1946. 12.03.1946 tarih ve 6254 sayılı R.G.

U.M.; E.1953/2, K.1953/6, K.T: 26.02.1953. 08.04.1953 tarih ve 8330 sayılı R.G.

U.M.; E.1968/74, K.1968/462, K.T: 02.11.1968. 01.04.1969 tarih ve 13163 sayılı R.G.

U.M.; E.2008/104, K.2009/103, K.T: 04.05.2009. 24.07.2009, tarih ve 27298 sayılı R.G

Yargıtay İ.B.G.K.; E.1993/4, K.1994/1, K.T: 28.01.1994. *Yargıtay Kararları Dergisi*, 20 (4), Nisan 1994.

KAMU İHALE KURULU KARARLARI

K.İ.K.; 10.04.2006 tarih ve 2006/UH.Z-938 sayılı uyuşmazlık kararı. Erişim Tarihi: 20.11.2015, <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>.

K.İ.K.; 10.07.2006 tarih ve 2006/UH.Z-1631 sayılı uyuşmazlık kararı. Erişim Tarihi: 20.11.2015, <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>.

K.İ.K.; 26.02.2007 tarih ve 2007/UH.Z-726 sayılı uyuşmazlık kararı. Erişim Tarihi: 20.11.2015, <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>.

K.İ.K.; 12.03.2007 tarih ve 2007/UH.Z-969 sayılı uyuşmazlık kararı. Erişim Tarihi: 20.11.2015, <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler	
Adı Soyadı	Feiza AĞGÜL
Doğum Yeri ve Tarihi	Erzurum - 10.07.1988
Eğitim Durumu	
Lisans Öğrenimi	Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
Y. Lisans Öğrenimi	Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü
Bildiği Yabancı Diller	İngilizce
Bilimsel Faaliyetleri	
İş Deneyimi	
Stajlar	
Projeler	
Çalıştığı Kurumlar	
İletişim	
E-Posta Adresi	feiza.aggul@atauni.edu.tr
Tarih	19.02.2016